



مطالعات راهبردی زنان

نشریه‌ی علمی شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده

Women's Strategic Studies

The Quarterly journal of Women and Family Socio

Cultural Council

Print ISSN: 2008-2827

Online ISSN: 2538-404X

✧ داوران: (به ترتیب حروف الفبا)

محمد اسحاقی
لیلا سادات اسدی
کبری پور عبدالله
احمد رضا توحیدی
لیلا ثمنی
حسین جاویر
محمد جواد جاوید
نیکو دیالمه
مهدی رحمانی
آرزو رنگچیان
فرزانه سریر
اکرم صفیری
مهشید طبابی
سید محمد مهدی غمامی
حسین کاویار
مجید معارف
نیلوفر مقدمی خممامی
ابراهیم یاقوتی

✧ هیئت تحریریه

سوسن آلرسوال
(استاد دانشگاه آزاد اسلامی)
علی اکبر ایزدی فر
(استاد دانشگاه مازندران)
شهلا باقری میاب
(دانشیار دانشگاه خوارزمی)
اسماعیل بلالی
(دانشیار دانشگاه بوعلی سینا)
محمد حسین پناهی
(استاد دانشگاه علامه طباطبایی)
احمد حاجی ده آبادی
(استاد دانشگاه تهران)
محمد سعید ذکایی
(استاد دانشگاه علامه طباطبایی)
عبدالحسین شیروی خوزانی
(استاد دانشگاه تهران)
محمدباقر علیزاده اقدم
(استاد دانشگاه تبریز)
طوبی کرمانی
(استاد دانشگاه تهران)
محمد تقی کریمی قهی
(دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی)
مجید معارف
(استاد دانشگاه تهران)

- هدف مقالات فصلنامه واکاوی مسائل، مطالبات، شبهات و مشکلات در حوزه مسائل زنان به منظور ارائه پاسخ و راهکار است.
- مقالات ناظر به یافته‌های جدید پژوهشی، نظریه یا روش جدید در حل مسائل (اعم از پژوهش‌های بنیادی، کاربردی و...) باشد.
- مقالات قبلاً در نشریه یا مجموعه مقالات سمینارها چاپ نشده یا در دست بررسی و چاپ نباشد.
- مقاله در قالب حداکثر ۷ هزار کلمه و در محیط word تنظیم شده باشد.
- چکیده فارسی، انگلیسی و عربی حداکثر در ۱۸۰ کلمه و شامل موضوع مقاله، روش تحقیق و مهمترین نتایج همراه با واژگان کلیدی (۸-۵ کلمه) تنظیم شود.
- معادل لاتین اسامی، مفاهیم و اصطلاحات مهم در پانویشت هر صفحه درج شود.
- ویراستاری مقالات به عهده‌ی مؤلف بوده و لازم است به جدیدترین روش، ویراستاری شود.
- برای ارجاع به منابع در داخل متن به صورت (نام مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه) عمل شود.
- فهرست منابع در آخر مقاله برحسب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به صورت ذیل تنظیم شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار). عنوان کتاب (با قلم ایتالیک)، نام و نام خانوادگی مترجم، محل نشر: ناشر.
- مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال). «عنوان مقاله»، نام نشریه (با قلم ایتالیک)، شماره مجله.
- پایان‌نامه: نام خانوادگی، نام، (سال)، عنوان پایان‌نامه (مقطع پایان‌نامه و رشته تحصیلی)، به راهنمایی (نام استاد راهنما)، شهر، نام دانشگاه، نام دانشکده.
- منابع اینترنتی: نام خانوادگی، نام، (سال). «عنوان». نشانی کامل سایت.
- چاپ مقاله در فصلنامه منوط به تأیید داوران بوده و فصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است.

فهرست مطالب

- ۷ ✧ عدالت جنسیتی و گفتمان تغییر در احکام فقهی زنان
مهدی شجریان
- ۲۹ ✧ الگوی اخلاقی طلاق همسران در قرآن کریم
محمدرضا جباران
- ۵۱ ✧ زنان و حق بر تأمین اجتماعی با تأکید بر قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران
راحله سادات حسینی، محمدجواد جاوید، سید محمدحسینی، بابک درویشی
- ۷۱ ✧ تحلیل فقهی - حقوقی قاعده لا ضرر در رفع ضرر ناشی از تمکین و نشوز زوجه
مریم مهاجری
- ۸۹ ✧ ازدواج سفید از منظر فقهی - حقوقی
علی نصرتی، سید ابوالقاسم حسینی زیدی، موسی لشنی
- ۱۰۷ ✧ تحلیل و نقد ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی (حرمت ابدی ناشی از ازدواج در ایام عده)
عبدالله بهمن پوری
- ۱۲۵ ✧ عقد پنهانی بر مهریه در فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به توافق پنهانی در حقوق فرانسه
مهرداد پاکزاد، سید حسن حسینی مقدم، محمد مهدی پور
- ۱۴۴ ✧ چکیده مقالات به عربی
- ۱۵۱ ✧ چکیده مقالات به انگلیسی

عدالت جنسیتی و گفتمان تغییر در احکام فقهی زنان

مهدی شجریان*

چکیده

عدالت جنسیتی به معنای «عدالت استحقاقی در مورد زنان و مردان» است. گفتمان تغییر می‌کوشد نابرابری‌های فقهی میان زن و مرد را برای دستیابی به این امر کاهش دهد. هدف این پژوهش واکاوی متدولوژی این گفتمان و ارائه نقشه راه روشمندانانه مطلوب برای دستیابی به عدالت جنسیتی است. در این راستا با روش تحلیلی - انتقادی، آثار نویسندگان پس از انقلاب اسلامی در خصوص این نابرابری‌ها بررسی شده‌اند. در ذیل این گفتمان «رویکردهای غیرفقهی و روشنفکرانه» در اعتبار کتاب و سنت خدشه می‌کنند اما رویکردهای فقهی و شبه فقهی همچنان بر اعتبار فی الجمله ادله فقهی اصرار دارند. در ذیل این رویکردهای اخیر نیز، «رویکرد تغییر در اجرا»، دامنه تغییر را صرفاً در مرحله اجرای این احکام می‌شمارد. «رویکرد تغییر در افتاء»، مرحله استنباط این احکام را دستخوش تغییر دانسته، با «کشف فروع جدید» و بازنگری در ادله با روش‌های مرسوم در فقه شکل می‌گیرد و رویکرد «وضع اصول جدید» با اجتهاد در خود قواعد استنباط حکم شرعی و دستیابی به روش‌هایی نوین به اظهار نظرهای فقهی جدید دست می‌یابد. صرف‌نظر از اشکالات صغری که در این رویکردها وجود دارد، فی الجمله صورت‌بندی‌های کبروی آنها قابل قبول است و نظم مطلوب در آنها برای دستیابی به عدالت جنسیتی بدین شرح است: یکم وضع اصول جدید و بازنگری در قواعد استنباط؛ دوم کشف فروع جدید و بازنگری در ادله؛ سوم رویکرد تغییر در اجرا در فرضی که نابرابری مفاسدی به دنبال دارد و چهارم گفتمان ثبات در فرضی که هیچ تغییر موجهی حتی در مقام اجرا به اثبات نرسد.

واژگان کلیدی

حقوق زنان، روش‌شناسی فقهی، اجتهاد در فروع، اجتهاد در اصول، عدالت جنسیتی.

*. دکترای فلسفه اسلامی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران (shajarian110.m@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۹/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۲۵

۱- مقدمه و بیان مسئله

فقه اسلامی میدان مطالعاتی مهمی در حوزه عدالت جنسیتی است. مراد از عدالت جنسیتی، «عدالت استحقاقی در مورد زنان و مردان» است.^۱ این آرمان در جستجوی صورت وضعیتی است که در آن زن بودن و مرد بودن، مانع از دستیابی به حق نیست به گونه‌ای که هر یک از مردان و زنان حقوق و امتیازات شایسته خویش را کسب می‌کنند. عدالت استحقاقی به خلاف عدالت مساواتی برابری را شرط لازم تحقق عدالت جنسیتی نمی‌شمارد. زن و مرد هر یک متناسب با خصوصیات خلقی و خلّقی خود مستحق حقوقی هستند و در این میان گاهی برابری حقوق بین آنها مطلوب و گاهی نابرابری لازم است. این آرمان می‌کوشد تا در نتیجه مطالعات خود هر یک از برابری و یا تمایز را بر پایه درک حقوق شایسته برای جامعه زنان و مردان ارائه دهد و دقیقاً به همین دلیل است که در این رویکرد نه برابری و نه تفاوت هیچ‌یک اصل محسوب نمی‌شوند. هر چند «حقیقت عدالت» در مقام ثبوت گاهی مقتضی برابری و گاهی مقتضی نابرابری است اما «ادراک عدالت»^۲ در مقام اثبات، دست کم در جوامع کنونی، رابطه‌ای مستقیم با مقوله‌ی برابری در حقوق دارد. در حوزه ادراک عدالت - که اهمیت آن بر عدالت‌پژوهان پوشیده نیست^۳ - برابری اصل و نابرابری خلاف اصل است. حقوق نابرابر میان افراد در تلقی ابتدایی بسیاری از افراد ناعادلانه ارزیابی می‌شود و اثبات عادلانه بودن آن و اقناع اندیشه در این خصوص نیازمند اقامه دلیل است. بر همین اساس هنگامی که شخص با طیف گسترده‌ی احکام فقهی نابرابر میان زنان و مردان مواجه می‌شود، بی‌عدالتی ادراک می‌کند و اثبات موجه و عادلانه بودن این احکام، امری لازم می‌نماید. به عنوان مثال صاحب‌جواهر معتقد است، حقوق شوهر به مراتب بیشتر از حقوق زن است و این تمایز به حدی است که حق زن در مقابل شوهر یک در صد نیز محسوب نمی‌شود. زن مکلف است فهرست بلندی از تکالیف و حقوق را در مقابل شوهرش بر عهده گیرد تا جایی که حتی اگر روی شتری سوار است، باید تقاضای مجامعت مرد را اجابت کند، اما در این میان، دامنه حقوق زن بر گردن مرد بسیار کمتر است (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۳۱، ۱۴۸-۱۴۶).

۱. نگارنده مقصود خود از عدالت و عدالت‌جنسیتی را در دو مقاله پژوهشی منتشر کرده است. رک: شجریان، ۱۳۹۹ الف، ص ۳۱-۴۹؛ همو، ۱۳۹۹ اب، ۹۳-۱۱۶.

2. Perception of justice.

۳. پژوهشگران حوزه عدالت آن را در دو سطح بررسی می‌کنند: «عدالت واقعی» و «ادراک عدالت» (see: Rawls, 1975: 465). عدالت واقعی هنگامی محقق می‌شود که مناسبات عادلانه بر رفتارهای فردی و ساختارهای اجتماعی حاکم گردد اما ادراک عدالت لزوماً با تحقق این امر شکل نمی‌گیرد بلکه ناظر به سطح ادراک و قضاوتی است که شخص در باب تحقق عدالت در بستر جامعه دارد. جامعه هنگامی به نقطه آرمانی خود می‌رسد، که هم از عدالت واقعی سیراب شود و هم ادراک عدالت در آن موج زند و بسط ادراک عدالت در میان شهروندان، آنان را به سطح مطلوبی از اقناع اندیشه برساند.

سن تکلیف، اجازه ولی در ازدواج، تعدد همسر، اطاعت از او، لزوم تمکین، امکان تنبیه بدنی، حق طلاق، عدّه، شهادت، پوشش، ارث، دیه، قصاص، خروج از منزل، حضانت کودک، انتقال سیادت به فرزندان و مانند آن، برخی دیگر از نابرابری‌هایی است که می‌توان از آن نام برد. در این میان پرسش اصلی این است: چگونه این طیف گسترده از نابرابری‌ها توجیه می‌شوند و مغایر با اصل عدالت جنسیتی محسوب نمی‌گردند؟

این پرسش از عصر شارع مورد توجه بوده (ر.ک: حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۶، ۹۶-۹۳)، اما مقارن با تحولات عصر جدید، بیشتر در کانون توجه قرار گرفته است. تولد جریان‌ات گسترده فمینیستی در عصر مدرن از یک طرف و شکل‌گیری انقلاب اسلامی در ایران معاصر، به همراه گسترش حضور اجتماعی، سیاسی و علمی زنان از طرفی دیگر، بر تنور این پرسش دمیده و آن را از همیشه تاریخ اسلام داغ‌تر کرده است.

به‌صورت کلی در قبال این پرسش اساسی دو گفتمان قابل رهگیری است: «گفتمان ثبات» - که بر تغییرناپذیری این احکام نابرابر اصرار دارد و آن‌ها را موجه محسوب می‌کند - و «گفتمان تغییر» - که دست‌کم بر لزوم تغییرپذیری برخی از این احکام نابرابر پا می‌فشارد و آن‌ها را برای جامعه امروز عادلانه ارزیابی نمی‌کند.

پس از انقلاب اسلامی گفتمان تغییر رونق فراوانی پیدا کرده است. در این میان تحقیق پیش رو با تأکید بر واری این گفتمان نوپیدا، می‌کوشد تا روش‌شناسی حاکم بر آرائی که در این حوزه ارائه شده است را تبیین کند. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که: «در حوزه احکام نابرابر فقهی، روش‌شناسی گفتمان تغییر چگونه است». در این راستا بررسی سؤالات فرعی ذیل نیز ضروری است: گفتمان ثبات بعد از انقلاب اسلامی در چه موقعیتی قرار دارد؟ چه رویکردهای متمایزی در گفتمان تغییر رهگیری می‌شوند؟ روش‌های حاکم بر این رویکردها کدامند و تا چه میزان توفیق دارند؟

شفیعی سروستانی در کتاب «جریان‌شناسی دفاع از حقوق زنان در ایران»، سه جریان سیاسی، سکولار و دینی را متمایز می‌سازد (شفیعی سروستانی، ۱۳۷۹). سبحانی نیز در کتاب «الگوی جامع شخصیت زن مسلمان»، سه رویکرد سنت‌گرایی، تجددگرایی و تمدن‌گرایی را تفکیک می‌کند (سبحانی، ۱۳۸۲). مهریزی در مقاله «رویکردهای مذهبی در تاریخ معاصر ایران به زن» نیز سه رویکرد سنتی، کلامی اجتماعی و فقهی حقوقی را شناسایی می‌کند (مهریزی، ۱۳۸۴). پزشکی نیز در کتاب «صورت‌بندی مطالعات زنان در جهان اسلام»، دیدگاه‌های مختلف در جهان اسلام در ۱۵۰ سال اخیر را صورت‌بندی و در سه دسته سنتی، نوسلفی و تجددگرا تشریح نموده است (پزشگی، ۱۳۸۷).

اسحاقی و همکاران نیز در مقاله‌ای با عنوان «کاربرد انصاف در فقه خانواده» به تبیین مفهوم و جایگاه انصاف به مانند قاعده‌ای برای شکل‌دهی به نظام حقوقی و قضایی از جمله در قوانین و آرای قضایی خانواده پرداخته‌اند. نتیجه این پژوهش نشان داد هرچند سعی و اهتمام فقها در تمام موارد بر رعایت عدالت بوده است، ولی گاهی نیز رعایت عدالت با در نظر نگرفتن انصاف موجبات ضرر به طرف مقابل را پدید می‌آورد که قطعاً در این شرایط، نیاز و ضرورت ایجاب می‌کند که توجه به انصاف به نظر و عمل وارد شود تا از ورود اجحاف و ضرر به دیگران منطبق با قاعده‌ی لاضرر کاسته شود (اسحاقی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۳۹).

با این همه پژوهش پیش رو از این آثار متمایز است: اولاً در این پژوهش تنها به رویکردهای حوزه «احکام فقهی نابرابر» پرداخته شده است، در حالی که در آثار مذکور طیف گسترده مسائل زنان - که ناظر به حوزه‌های کلان اجتماعی، حقوقی، کلامی و ... هستند - مدنظر قرار داده شده‌اند. ثانیاً در این تحقیق اندیشمندان پس از انقلاب در کانون توجه‌اند، در حالی که آثار مذکور از دریچه‌ای گسترده‌تر به آراء قدیمی‌تر نیز پرداخته‌اند. ثالثاً مقصود اصلی این پژوهش «بررسی روش‌شناسی» گفتمان تغییر است نه صرفاً مرور گفتمان‌های موجود و درنهایت «نقد محتوایی» آن‌ها. درنهایت به دلیل تمرکز بر مسئله خاص (احکام نابرابر فقهی) و بازه زمانی خاص (پس از انقلاب اسلامی) و سوگیری خاص (بررسی روش‌شناسانه)، دسته‌بندی آراء مذکور و نیز یافته‌هایی که این تحقیق به آن‌ها رسیده است، در هیچ‌یک از آثار پیشین دیده نمی‌شود.

در ادامه ابتدا به اختصار با هدف شناسایی کامل گفتمان تغییر، از گفتمان ثبات سخن گفته می‌شود و در بخش دوم گفتمان تغییر و رویکردهای رایج در آن تبیین می‌شوند و درنهایت در بخش سوم به نقد و بررسی روش‌شناسانه گفتمان تغییر پرداخته خواهد شد. ذکر این نکته ضروری است که قرارداد یک صاحب‌نظر در رویکردی خاص، به معنای اختصاص روش او به آن رویکرد نیست، بلکه ممکن است در اظهارنظرهای دیگر، همان فرد در رویکردی دیگر قرار گیرد.

۲- گفتمان ثبات

گفتمان ثبات قدمت قابل توجهی در آثار اندیشمندان شیعی تا به امروز دارد. عموم شیعیان هرچند احکام الهی را ثبوتاً دایر مدار ملاک واقعی می‌دانند (حسن و قبح ذاتی) اما عقل را از تشخیص ملاک احکام موجود در لسان شرع به نحو کلی عاجز می‌شمارند (شجریان، ۱۳۹۷: ۹۴) و تنها اگر عقل مستقل در مورد حکمی بدون بیان شرع و یا در تأیید حکم موجود در شرع ملاکی را کشف کرد، برای آن اعتبار قائل‌اند (حسن و قبح عقلی) (علیدوست، ۱۳۹۱: ۱۲۰-۱۱۹). این مبنا موجب شده گفتمان رایج فقه شیعه، عنایتی به کشف علل احکام وجود نداشته باشد و چنین روندی

مخرب محسوب گردد (انصاری، ۱۴۱۶ق: ۱، ۶۳-۶۲) و دقیقاً در همین نقطه است که نابرابری‌های فقهی مذکور با سویه‌ای تبعیدی پذیرفته می‌شود (شجریان، ۱۳۹۵: ۸۱-۷۷) و گفت‌وگو ثبات در طول تاریخ فقهی شیعی ثابت می‌ماند.

به‌رغم تأکید بر نبود امکان دستیابی به علت حکم در گفت‌وگو ثبات، در میان طرفداران این گفت‌وگو و معاصرین، دو رویکرد متمایز قابل رهگیری است: در «رویکرد تبعیدی» نه تنها علت احکام نابرابر کاویده نمی‌شود بلکه حکمت این احکام نیز تبیین نمی‌شود و از موضعی کاملاً تبعیدی پس از استنباط این احکام از ادله فقهی، به لزوم تسلیم در برابر آن‌ها دعوت می‌شود. در همین راستا گرچه معتقد است: «مسائل فقهی علت مشخصی ندارد و لزومی هم ندارد داشته باشد، به عبارت دیگر آنچه ما می‌توانیم در مسائل فقهی به دنبال آن باشیم دلیل آن است نه علت آن دلیل» (مهرپور، ۱۳۷۹: ۳۰۳؛ استرآبادی، ۱۴۲۶ق: ۹۱؛ انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱: ۶۲-۶۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۳۵۲-۳۴۹؛ خویی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ۷۰). اما «رویکرد تعقلی» در ضمن به رسمیت شناختن احکام فقهی نابرابر- هر چند ادعای کشف علت این احکام را ندارد- اما از منظری کلامی می‌کوشد تا با بیان حکمت آن‌ها، اندیشه عمومی را اقناع کند (طبرسی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ۲۵۳؛ همان، ۱۳۷۲، ج ۳: ۶۹؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۵۰۵؛ حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲: ۲۱۱؛ اردبیلی، بی‌تا، ج ۳: ۷۵). این رویکرد در میان معاصرین از علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۳۹۰ق: ج ۲، ۲۷۶-۲۷۳) و شاگردان او (مطهری، ۱۳۸۸: ج ۱، ۲۰۰-۱۹۸؛ جوادی آملی، ۱۳۸۸: ۳۵۴) به وضوح دیده می‌شود و پس از انقلاب اسلامی نیز بسیاری از اندیشمندان در این رویکرد جای دارند (کاظم زاده، ۱۳۸۶: ۷۳-۷۴؛ شالچی، ۱۳۸۸: ۱۷۱؛ مرتضوی، ۱۳۸۷: ۱۹۶-۱۹۷؛ خامنه‌ای، ۱۳۸۵: ۱۸۸-۱۷۱؛ علاسوند، ۱۳۸۰: ۳۶-۲۱). به عنوان مثال جهانگیری در توجیه حق اختصاصی زوج در طلاق زوجه، معتقد است طلاق دادن زن ظلم به او محسوب نمی‌شود؛ زیرا زن با ایجاب عقد نکاح به اختیار خود محدودیت‌های نکاح - نظیر نداشتن اجازه خروج از منزل، آمادگی دائم برای استمتاع مرد و مانند آن - را پذیرفته است. بنابراین حقیقت طلاق رها کردن زن از این قیود است و چنین چیزی ظلم نیست (جهانگیری، ۱۳۸۵: ۳۶۱-۳۶۰). در توجیه نفوذ نداشتن برخی از اقسام شهادت زنان در محضر دادگاه عده‌ای تأکید می‌کنند که: «شهادت یک حق نیست که زنان از این حق محروم شده‌اند بلکه یک تکلیف است و به این ترتیب تکلیف آن‌ها نسبت به مردان سهل‌تر است» (علی‌محمدی و حسینی، ۱۳۹۲: ۱۴۰).

۳- گفتمان تغییر

در این گفتمان عدالت جنسیتی با تغییر احکام نابرابر میسر می‌شود. این گفتمان در ذیل خود رویکردهای خرد فراوانی را جای می‌دهد که در ادامه تبیین خواهند شد.

۳-۱- رویکرد غیر فقهی و روشنفکرانه

این رویکرد اعتباری برای کتاب و سنت در مقام کشف حقوق زن و مرد قائل نیست و رجوع به آن‌ها را بازگشت به نظمی مردسالار و ظالمانه تلقی می‌کند. نماینده این رویکرد روشنفکرانی هستند که با تأثیرپذیری از مبانی فمینیستی، هرگونه تمایز در حقوق زن و مرد را تبعیض محسوب می‌کنند و در تلاش‌اند «عدالت جنسیتی» را به «عدالت مساواتی» مبدل سازند (عبادی، ۱۳۷۳: ۶۳-۶۵؛ کدیور، ۱۳۹۰: ۱۴). این رویکرد فهم فقیهان از قوانین را فهمی مردانه و در راستای تأمین حقوق مردان تلقی کرده، اجماع آن‌ها را از آن جهت که «تفاهق فقیهان مرد» است فاقد اعتبار محسوب می‌کند (کار، ۱۳۷۶: ۵۸). برای مثال برخی در مسئله عقد ازدواج تأمل می‌کنند و آن را قراردادی جنسی و محدودکننده می‌شمارند که سلطه مردسالارانه را تحکیم نموده، در ضمن آن واقعیت بردگی زن، تحت پوشش مفاهیم به‌ظاهر آسمانی، به فراموشی سپرده می‌شود (محمدی اصل، ۱۳۸۶: ۱۱۶-۱۱۳).

به‌هرروی کارویژه این رویکرد «گذر از فقه» است. در این مقام هر استدلال عقلی یا عقلایی که از روش‌شناسی فقیهان فاصله داشته باشد امری قابل قبول خواهد بود. برای نمایندگان این رویکرد، تنظیم حقوق زن و مرد با عنایت به میثاق نامه‌های بین‌المللی و تجربه‌ی زیسته‌ی دنیای مدرن غربی در اولویت اول است و نظر به سنت برجای‌مانده دینی و فقهی، هرگز در اولویت قرار ندارد (تشکری، ۱۳۸۱: ۹۲-۵۲).

۳-۲- رویکردهای فقهی و شبه فقهی

برخلاف رویکرد قبل، در این رویکردها ادله فقهی فی‌الجمله مورد توجه قرار می‌گیرند. کتاب و سنت - هرچند با اصولی جدید - مقدمات استدلال نمایندگان این رویکردها را تأمین می‌کنند و عقل نیز - هرچند با قلمرویی وسیع - به‌عنوان منبعی در کنار کتاب و سنت به مدد این جماعت می‌آید. به همین جهت در میان این رویکردها، با جریانات شبه فقهی نیز مواجه هستیم که نگاهی منسجم به ادله مذکور (کتاب و سنت و عقل) ندارند، اما درعین حال می‌کوشند برخلاف رویکرد پیشین به کلی کتاب و سنت را کنار نگذاشته و دست‌کم نگاهی گذرا به آن‌ها داشته باشند. در ادامه این رویکردها را به «تغییر در اجرا» و «تغییر در افتا» تقسیم خواهیم کرد.

۳-۲-۱- رویکرد تغییر در اجرای حکم

این رویکرد فرآیند استنباط حکم را پایان یافته می‌بیند و معتقد است بازنگری در ادله، منجر به کشف حکم دیگری نمی‌شود. با این همه هر چند «مقام افتا» تغییر نمی‌کند اما تغییر در «مقام اجرا» امری لازم است. برای مثال کاتوزیان معتقد است امروزه ارث بردن زن از زمین ناعادلانه است؛ زیرا در خانواده‌های خلوت امروزی تفاوت سهم زن از فرزندان فاحش شده، زمین بر خلاف گذشته قیمت پیدا کرده و زن امروز بیشتر به عرصه‌های اقتصادی وارد می‌شود و مطالبه‌ی بیشتری از سهم ارث دارد. با این همه حکم شرع را نمی‌توان تغییر داد و تنها می‌توان با تمهیداتی قانونی در چارچوب شرع، عملاً سهم بیشتری را به زن اختصاص داد. مثلاً مرد می‌تواند ثلث ترکه خود را به سود زن وصیت کند و از این جهت سهم اندک او را جبران کند و قانون‌گذار می‌تواند با اعلام عمومی آن به جامعه مردان و الزام مردان بر پذیرش این قانون، جنبه اجرایی به آن ببخشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۹-۴۴).

نمونه‌ای عینی از این تمهیدات اجرایی در مسئله برابری دیه زن و مرد قابل ملاحظه است. در قانون مجازات اسلامی تبصره ماده ۵۵۱ آمده است: «در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد، از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود». بر این اساس هر چند مطابق فتوای مشهور دیه زن نصف مرد است اما عملاً زنی که جنایت دیده یا اولیای او، به اندازه مرد دیه دریافت می‌کنند و مازاد از نصف دیه او، از بیت‌المال و از صندوق مذکور پرداخت می‌گردد.

در رویکرد تغییر در اجرا می‌توان با عناوینی مثل مصلحت، ضرورت، حفظ نظام، قاعده اهم و مهم و مانند آن به چنین احکام ثانوی دست پیدا کرد که بر اساس آن‌ها ساحت حکم اولی به هیچ‌روی تغییر نمی‌کند و تنها به دلیل عروض این عناوین، حکم در ظرف بقای آن‌ها و صرفاً در مقام اجرا تغییر خواهد کرد. به صورت کلی در قالب حکم حکومتی و ولایی بسیاری از این دست تغییرات قابل اعمال است.

علی‌اکبریان در همین راستا از لزوم «رعایت عدالت در عرصه قانون‌گذاری» سخن می‌گوید و معتقد است اگر اجرای یک حکم ثابت شرعی به دلایلی ظالمانه محسوب شود، آنگاه فقیه می‌تواند در مقام اجرا برخلاف آن حکم اولی، حکمی ثانوی را مطرح کرده، بدین طریق در سطح عمومی عدالت را برقرار سازد. برای مثال تنصیف دیه زن در ارتباط با احکامی نظیر مهریه، وجوب نفقه، جهاد و ضمان دیه بر عاقله است. زمانی که در فرهنگ عمومی جامعه این احکام عملاً اجرا نشوند، آنگاه تنصیف دیه زن امری ناعادلانه محسوب می‌شود. در اینجا تا قبل از عمومی شدن این احکام

تعطیل شده، حکومت موظف است در راستای اجرای عدالت در قالب حکمی ثانوی، حکم برابری دیه را اجرا نماید (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵: ۳۵-۳۴).

۳-۲-۲- رویکرد تغییر در افتا

این رویکرد برخلاف «گفتمان ثبات» و برخلاف «رویکرد تغییر در اجرا» در نفس احکام مستنبط تأمل می‌کند و می‌کوشد با اجتهادی جدید به استنباط حکمی تازه دست یابد. در اینجا فرآیند اجتهاد فقهی و اصولی مورد مطالعه مجدد قرار می‌گیرد و چه بسا فرعی جدید با همان روش شناسی رایج کشف می‌شود و یا اصلی نو با انتقاد از روش شناسی رایج وضع می‌گردد. به همین روی می‌توان این رویکرد را به‌نوبه خود به دو رویکرد خردتر «کشف فروع جدید» و «وضع اصول جدید» تقسیم نمود.

۳-۲-۱- کشف فروع جدید

در این رویکرد از ظرفیت‌های موجود در علم فقه استفاده می‌شود تا تغییراتی در احکام مربوط به زنان و مردان صورت پذیرد. این رویکرد به قواعد رایج در علم اصول فقه متعهد است و اجتهاد در اصول نمی‌کند بلکه با همان متد رایج، فروع را در فرآیند استنباطی جدید قرار می‌دهد و به فتاوایی متفاوت در راستای تغییر احکام نابرابر دست پیدا می‌کند. این رویکرد بر مسئله «بازنگری ادله» تأکید فراوان دارد (جناتی، ۱۳۸۰: ۴۴)؛ عوامل مختلفی نظیر احتمال خطای مجتهدین سابق، تأثیرپذیری آن‌ها از فرهنگ زمانه خود، اهتمام نداشتن به مسائل مربوط به حقوق زنان، نگاه فرودست آنان به زن، فردمحوری در فقه سنتی و توجه کامل نداشتن به مسائل اجتماعی و مانند آن (موسوی بجنوردی به نقل از مهریزی، ۱۳۸۴: ۲۴؛ پوراسماعیلی و صادقی، ۱۳۹۳: ۶۶-۶۳)، این بازنگری را ایجاب می‌کنند. به‌هرروی این رویکرد - که رواج فراوانی در سال‌های اخیر داشته است (عترت‌دوست و وزیری فرد، ۱۳۹۲: ۹۲-۹۱؛ ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۹۱: ۲۲۹-۲۲۸) - بر نکاتی مشترک و روشمند تأکید دارد که می‌توان آن‌ها را به شکل ذیل صورت‌بندی کرد:

الف- تقدیم نصوص قرآنی: در روش شناسی رایج اصولی، نصوص قرآنی بر نصوص روایی، در فرضی که متباین باشند، از باب تقدم قطعی الصدور بر ظنی الصدور مقدم می‌شوند (محقق نائینی، بی تا: ۱ و ۵۰۵). برخی از این قاعده برای دستیابی به احکام برابر بهره برده‌اند. به عنوان مثال صانعی در مسئله قصاص، به برخی آیات قرآن (مائده: ۴۵؛ بقره: ۱۷۸) استناد می‌کند و بر این باور است که دلالت آن‌ها در برابری قصاص زن و مرد صریح است. در نتیجه عمل به روایاتی که ناظر به نابرابری هستند و قصاص زن در برابر مرد را موکول به پرداخت نصف دیه مرد به اولیای دم او می‌کنند،

به دلیل مخالفت صریح با قرآن، مشکل است (صانعی، ۱۳۸۳: ۴۳؛ مهرپور، ۱۳۷۹: ۲۴۹-۲۴۸). این تطبیق در موارد دیگر نیز قابل رهگیری است (مهریزی، ۱۳۸۲: ۲۶۱-۲۵۹؛ هدایت‌نیا، ۱۳۹۶: ۱۳-۱۲).

ب- تصرف در موضوعات احکام: در فقه اسلامی مسلم است که بقای هر حکم شرعی متوقف بر بقای موضوع آن است و اساساً بدون موضوع، بقای حکم معنا ندارد. شرایط زمان و مکان می‌تواند در تحول موضوع حکم مؤثر واقع شود و طبعاً این تحول موضوعی، با واسطه به تحول حکم منجر می‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق: ۳۴). این قاعده - که حتی در برخی روایات نیز مورد توجه بوده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۴ و ۱۱۷) - در سال‌های اخیر در مسائل مربوط به زنان به صورت مکرر استفاده شده است. علی‌دوست و عشایری بر این باورند که حرمت خروج زن از منزل بدون اذن شوهر، حکمی است که به موضوع «خروج بدون بازگشت» اختصاص دارد. روایاتی که این حرمت را مطرح کرده‌اند، هر چند به حسب ظاهر حکم را بر مطلق خروج مترتب ساخته‌اند اما انصراف به این خروج خاص دارند و قدر متقین از آن‌ها «خروج بدون بازگشت» است. در نتیجه نوع خروج‌هایی که امروزه در حیات اجتماعی توسط زنان صورت می‌پذیرد - نظیر خروج برای انجام امور شخصی، اشتغال به کار، تحصیل علم و مانند آن - از موضوع این حکم خارج هستند و برخلاف دیدگاه برخی فقها که تمام مصادیق این خروج‌ها را حرام دانسته‌اند (آملی، ۱۳۸۰ق: ۱۲ و ۵۶)، نمی‌توان حکم حرمت را بر مطلق خروج زن از منزل بار کرد (علی‌دوست و عشایری، ۱۳۹۰: ۵۶).

ج- توجه به احکام متغیر: تقسیم احکام شرع به ثابت و متغیر مسئله‌ای است که در میان اندیشمندان فقهی تازگی ندارد. مقدس اردبیلی در این خصوص می‌گوید: «احکام به اعتبار خصوصیات، حالت‌ها، زمان‌ها، مکان‌ها و اشخاص متمایز می‌شوند و این امر روشنی است و اهل علم و فقیهان از سایر افراد، تنها با استخراج این اختلافات و منطبق ساختن آن‌ها بر موارد جزئی اتخاذ شده از شرع، امتیاز پیدا می‌کنند» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۳ و ۴۳۶).

زمان و مکان صرف‌نظر از تأثیری که در تغییر موضوع حکم دارند، به‌نحاء مختلف می‌توانند موجب تغییر در فتوای فقیه گردند (سبحانی، بی‌تا: ۹۹-۹۰). «زمان و مکان دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است به‌ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۲۱ و ۲۸۹) امام خمینی در نظام فقهی خود به این مسئله عنایت ویژه داشته است، تا جایی که انعطاف نداشتن فقیه و توجه نداشتن او به اقتضائات زمانه و استنباط احکام متغیر را، برابر با نابودی تمدن جدید و کوخ‌نشینی محسوب می‌کند و بر همین اساس در مسئله شطرنج، خرید و فروش آلات لهو و مانند آن، با توجه به اقتضائات زمان و مکان در عصر کنونی، احکام متغیری را استنباط می‌کند (همان: ۱۵۱-۱۵۰).

به هر روی توجه به افق‌های جدید در مسائل زنان نیز موجب چنین استنباط‌های متفاوتی گردیده است به‌گونه‌ای که برخی از صاحب‌نظران با نظر به اقتضائات عصر کنونی و تمایز آن با اقتضائات و فرهنگ عصر شارع، احکام متفاوتی در راستای برابری میان زن و مرد استنباط کرده‌اند (مهریزی، ۲۰۰۸م: ۲۲-۲۱؛ پوراسماعیلی و صادقی، ۱۳۹۳: ۵۵-۵۲؛ عترت‌دوست و وزیرفر، ۱۳۹۲: ۹۲-۹۱).
سروش‌محلّاتی در همین راستا تأسیسی نبودن و صرفاً امضایی بودن تنصیف دیه در عصر نزول و در نتیجه ثابت نبودن این حکم را محتمل می‌شمارد. بر این اساس چنانچه عرف عقلایی عصر کنونی برابری دیه را مطرح کند، می‌توان از آن حکم سابق روی‌گردان شد (سروش‌محلّاتی، ۱۳۷۹: ۲۲-۲۵).

هدایت‌نیا نیز معتقد است حکم فقها مبنی بر استحباب جلوس زن در خانه و یا استحباب حبس او در منزل توسط شوهر، و استثنای خصوص موارد ضرورت از این حکم در زمانه کنونی قابل‌طرح نیست. زیرا امروزه دامنه‌ی ضرورت‌ها برای حضور اجتماعی زن، منحصر در موارد محدودی مثل مداوای بیماری نیست بلکه به اقتضای شرایط عصر کنونی آن‌چنان گسترده شده است که چنین تخصیصی در جامعه امروز تخصیص اکثر محسوب می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۹۶: ۱۶-۱۵).

د- استظهار علت حکم: هرچند در گفتمان رایج فقهی - اصولی، عقل قدرت کشف علت حکم را ندارد اما باین‌همه در همین گفتمان، اگر علت حکم از لسان دلیل استظهار شود، فقیه می‌تواند بر پایه «قیاس منصوص العله»، دایره حکم را توسعه بخشیده یا تضییق کند (مظفر، ۱۴۳۰ق: ۲ و ۲۰۱-۲۰۰)، همچنان‌که استدلال بر پایه این اصل در فقه سنتی نیز رواج داشته است (حلی، ۱۴۰۷ق: ۴ و ۲۹۶؛ کرکی، ۱۴۱۴ق: ۱۲ و ۲۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۲ و ۱۷۱).

این قاعده در دوران معاصر بر حوزه مسائل زنان نیز تطبیق شده است. برای نمونه صانعی در خصوص نفوذ نداشتن شهادت زنان، از آیه ۲۸۲ سوره بقره، علت حکم را استظهار کرده، آن را مختص به زنان عصر نزول - که به جهت نداشتن حضور اجتماعی، در امور مالی و اقتصادی دچار بی‌دقتی بوده‌اند - محسوب می‌کند. در نتیجه زنان جامعه امروز که در عرصه‌های اجتماعی حضور پررنگ دارند و به‌صورت دقیق محاسبات مالی را به‌خاطر می‌سپارند، از دایره این حکم بیرون هستند و شهادت آنان در دادگاه برابر با شهادت مردان است (صانعی، ۱۳۸۸: ۵۹-۵۷).

مهریزی در نمونه‌ای دیگر به روایت امام صادق استناد می‌کند: «دختر در نه‌سالگی خوبی‌ها و بدی‌هایش ثبت می‌شود؛ زیرا در این سن حیض می‌بیند» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۷ و ۶۹). مطابق علتی که از این روایت استظهار شده، ملاک و علت بلوغ، قاعدگی است و ۹ سالگی موضوع این حکم نیست بلکه بر پایه علت مذکور متغیر خواهد بود (مهریزی، ۱۳۸۲: ۴۱۶).

اعتبار ساقط نیستند و در مواردی که ظن قوی‌تری از ظن روایی به دست می‌دهند باید آن‌ها را بر ظنون روایی مقدم ساخت و از آن جهت که ظنون عقلی نوعاً قوی‌تر از ظنون نقلی هستند، در نتیجه در تعارض عقل و نقل، غالباً حکم عقل مقدم می‌گردد (همان، ۱۳۹۴: ۶۱-۶۳). او بر همین اساس معتقد است هیچ فقیهی حق ندارد آیات و روایت حاکی از تبعیض و تفاوت حقوقی میان زن و مرد را حکم ابدی اسلام تلقی کند؛ زیرا این احکام امضای سیره عقلا در عصر شارع بوده‌اند و امروز حکم ظنی عقلی که اقوی از آن‌ها است باید بر آن‌ها مقدم شود (همان: ۷۳-۷۲).

احمد قابل نیز حجیت ذاتی عقل را مطرح کرد (قابل، ۱۳۹۱: ب: ۹۰). به اعتقاد او ملاک اصلی در عبادات خشوع در مقابل خدا و ملاک اصلی در احکام اجتماعی عدالت و عقلانیت است. بر همین اساس خرد جمعی در زمان‌های مختلف می‌تواند به‌عنوان یک «حجت شرعی» تعیین‌کننده ملاکات احکام شرع باشد (همان: ۲۱۰-۲۰۹). وی شرع را تنها در منطقه الفراغ عقل معتبر می‌شمارد و بر همین اساس در تعارض حکم خرد جمعی با دلایل نقلی ظنی - اعم از ظواهر قرآنی و ظواهر و نصوص روایات ظنی الصدور - حکم عقل را ترجیح می‌دهد (همان: ۲۳۷-۲۳۶). نامبرده بر اساس همین اصول موضوعه به احکام متفاوتی برای زنان در مسائلی نظیر حجاب، طلاق، قضاوت و مانند آن دست‌یافته است (همان: ۱۳۹۱ الف: ۵۴-۵۳).

برخی از فقهای معاصر نیز کوشیده‌اند تا با وضع «قاعده عدالت» در این راستا به پارادایم منسجمی دست پیدا کنند. به باور صانعی بر اساس قرآن کریم (نحل: ۹۰)، نظام دستورات خداوند در چارچوب عدالت سامان یافته‌است. از سویی دیگر عدالت مانند سایر موضوعات بر معنای عرفی آن حمل می‌شود. بنابراین عدالت با برداشتی که عرف از آن دارد معتبر است و تمام احکام شرع در چارچوب عدل عرفی قرار می‌گیرند. در نتیجه فهمی که عرف از امر عادلانه دارد اگر با عمومات یا اطلاقات روایات ناسازگار باشد یا با نص روایتی ظنی الصدور در تنافی باشد، در این صورت به حکم آیات مذکور و از باب تقدم قرآن بر روایات، فهم عرف از روایات بر آن‌ها مقدم می‌گردد. بدین ترتیب قاعده عدالت بر ادله احکام حاکم می‌گردد و فقیه ظاهر روایات منافی با عدالت عرفی را تأویل کرده یا آن‌ها را طرح می‌کند (صانعی، ۱۳۹۷: ۱۶۷-۱۶۶). بر همین اساس است که نصف بودن دیه زن نسبت به مرد - که حکمی عرفاً غیر عادلانه است - قابل قبول نیست و اخبار دال بر آن کنار گذاشته می‌شود (صانعی، ۱۳۸۴: ۶۴-۶۲؛ علی‌اکبریان، ۱۳۸۶: ۷۹-۷۳).

ب- اعتبار انحصاری قرآن کریم: در گفتمان رایج فقه شیعی، کتاب در عرض سنت دارای اعتبار است و سنت معتبر ولو قطعی نباشد مفسر کتاب محسوب می‌شود و عمومات و اطلاقات آن را تبیین می‌کند. فقهای شیعه می‌کوشند تا هیچ‌یک از این دو ثقل را رها نکنند بلکه به هر

دو، در نظامی روشمند پایبند باشند (شجریان، ۱۳۹۶: ۷۲-۶۳). از طرف دیگر برخی از احکام نابرابر میان زن و مرد ریشه در تبیین و تفسیر روایات از اطلاقات و عمومات آیات قرآن دارند؛ به گونه‌ای که اگر این روایات کنار گذاشته شوند، با نظر به ظاهر آیات قرآن، می‌توان به احکام برابر دست یافت. در نتیجه طبیعی است که اگر شخصی اعتبار انحصاری قرآن را مطرح کند به این معنا که سنت را - دست کم سنت ظنی - حجت و معتبر نداند، می‌تواند با این اصل جدید^۱ به استنباط احکام متمایز و برابر دست یابد.

صادقی تهرانی در همین راستا، سنت را به دلیل مشکلاتی نظیر رجال سند، عدم تواتر، تضاد و تعارض، احتمال جعل، احتمال تقیه، نقل به معنا، احتمال تقطیع و مانند آن، حتی دلیل ظنی نمی‌داند و بر این باور است که ظواهر و نصوص قرآن، به دلیل پیوستگی از همه این مشکلات، در مرتبه بسیار قوی‌تری قرار دارند و باید در روشی که او «فقه گویا» در تقابل با فقه سنتی و پویا می‌داند، مرجع اصلی و یگانه در استنباط احکام قرار گیرد و هرگز سنت مذکور بر آن‌ها مقدم نگردد (صادقی تهرانی، ۱۳۸۳: ۲۳-۱۹). او بر اساس همین چارچوب، به فتاواهای مخالف مشهور فراوانی دست یافت و در برخی مسائل مربوط به زنان نیز احکامی متفاوت را استنباط کرد. به عنوان مثال در مسئله دیه، بر پایه مخالفت شدید با روایت مشهور ابان (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۰ و ۳۵۲) به اطلاق دو آیه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره: ۱۹۴) و «الجرح قصاص» (مائده: ۴۵) استناد می‌کند و می‌کوشد در مخالفت با روایت مذکور، فزونی دیه ۴ انگشت زن بر ۳ انگشت او را اثبات کند (صادقی تهرانی، ۱۳۸۶: ۳۱-۳۰؛ همان، ۱۳۷۸: ۴۴۸).

کدیور نیز بر پایه آنچه نظریه «علمای ابرار» می‌نامد، به انکار فضائل فرا بشری ائمه هدی به صورت عام و انکار علم غیب امام و اکتسابی و خطاپذیر بودن آن به صورت خاص روی آورده است (کدیور، ۱۳۸۵ب: ۲۰؛ همان، ۱۳۸۵الف: ۱۵؛ همان، ۱۳۹۵ب: ۴). وی بر اساس همین اصل برخلاف حکم اجماعی وجوب پوشش سر و گردن بر زنان و در مخالفت صریح با روایاتی که این حد از حجاب را واجب می‌کنند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۰ و ۱۹۹)، با استناد به آیه ۳۱ سوره نور و طرح این ادعا که «پوشش سر و گردن زینت ظاهر است و نمایان ساختن زینت ظاهر طبق آیه مذکور جایز است»، تلاش می‌کند تا با تکیه بر همین یک آیه و برداشتی جدید از آن این حکم را مطرح کند (کدیور، ۱۳۹۵الف: ۴-۱؛ همان، ۱۳۹۶: ۷-۵).

۱. مقدم ساختن نص قرآن کریم بر ظواهر روایات ظنی در فرض تباین اصل جدیدی نیست. به همین دلیل حکم به برابری دیه مرد و زن را که پیش‌تر بیان کردیم «کشف فرع جدید» محسوب می‌کنیم اما در اینجا سخن از مقدم ساختن ظواهر قرآن کریم (عمومات و اطلاقات) بر ظواهر روایات است و این امر در میان فقهای شیعه رواج نداشته است، به همین روی آن را «وضع اصل جدید» محسوب می‌کنیم.

ج- بهره‌گیری از شئون معصوم: ضیایی فر معتقد است توجه به شئون معصوم منجر به استنباط‌های مختلفی از ادله روایی می‌شود و بر این اساس نمایان می‌شود که برخی از روایات اساساً فقهی نیستند و نباید مستند فتوا قرار گیرند. به باور او معصوم شئون مختلفی نظیر ابلاغ، تبیین و تفسیر، تفریع، ولایت و حکومت، ارشاد و مانند آن دارد و در این میان تنها اگر روایتی از شأن ابلاغ و تفسیر صادر شود، حکمی جهان‌شمول و دائمی است و در فقه به‌صورت کلی و مسائل زنان به‌صورت خاص قابل بهره‌است و الا سایر شئون چنین قابلیت‌هایی ندارند. وی مدعی است در احکام اجتماعی و احکام خانواده قاعده و اصل اولیه نداریم و نمی‌توان شأن ابلاغ و تفسیر را اصل اولی محسوب کرد بلکه اثبات این شأن نیازمند به قرینه اطمینان‌بخش است (ضیایی فر، ۱۳۹۲: ۱۰۶ و ۱۱۴). به‌عنوان مثال روایات بلوغ دختران - که سن‌های متفاوتی در آن‌ها ذکر شده است - از شأن تفریع معصوم صادر شده‌اند. شأن تفریع مبین موارد خاص از یک ملاک و قاعده کلی است. در بلوغ دختران ملاک قاعدگی است - که در سایر روایات به چشم می‌خورد - اما سن خاص ملاک نیست بلکه مصادیق قاعدگی در شرایط زمانی و مکانی مختلف است، که از شأن تفریع معصوم صادر شده و در نتیجه قابل استناد فقهی نیست (همان، ۱۳۹۳: ۱ و ۳۹۴-۳۹۲).

۴- بررسی روش‌شناسانه گفتمان تغییر

مسائل زنان با اکتفا به «گفتمان ثبات» به سرانجام نخواهد رسید. نابرابری‌های فقهی خصوصاً در عرصه احکام اجتماعی با بسط این گفتمان همچنان «مسئله» و حتی «معضل» باقی می‌ماند و برای حل آن‌ها تا زمانی که بتوان به‌صورت روشمند و مستدل این گفتمان را به نفع گفتمان تغییر کنار نهاد، باید چنین کرد. علاوه بر این رویکرد «ثبات تعقلی» نیز در پاره‌ای از موارد حکمت قانع‌کننده‌ای برای تمایزات ارائه نمی‌کند. در مسئله طلاق، تقلیل دادن آن به رهاسازی زن از قیود ازدواج، به‌صورت آشکار از آسیب‌های فراوان فردی و اجتماعی - که به سبب حق طلاق مرد بر زن عارض می‌شود - غفلت کرده است. چنانچه حق ندانستن شهادت زن و تکلیف محسوب کردن آن نیز وجه نابرابری را تبیین نمی‌کند. علاوه بر آنکه تکلیف زن را آسان‌تر نمی‌کند بلکه به دلیل لزوم ضمیمه شهادت زن دوم به شهادت او، این تکلیف بر زن سخت‌تر می‌شود.

بررسی تفصیلی روش‌شناسانه «گفتمان تغییر» اما طرحی مستقل در حد یک کتاب است. در اینجا تنها به برخی از مهمترین نکات اشاره می‌شود:

۱. «رویکردهای غیر فقهی و روشنفکرانه» دلیل قانع‌کننده‌ای برای تبدیل عدالت جنسیتی به عدالت مساواتی ارائه نمی‌کنند. اصل تمایز حقوقی میان زن و مرد به دلیل تمایزات خلقی و

خُلُقی در این دو صنف انسانی، موجه به‌نظر می‌رسد. در نتیجه ایجاد برابری میان آن دو از همه جهات، خود به ظلم منجر می‌گردد. از سویی دیگر، این رویکردها با تأکید بر «گذر از فقه» به مغالطه «سنت‌گریزی» مبتلا هستند. مادامی که ادله اعتبار روش‌های فقهی و فروع مستنتج از آن‌ها مورد انتقاد قرار نگیرند و صرفاً به دلیل تعلق فقه به دنیای گذشته به آن‌ها بی‌مهری شود، مغالطه مذکور رخ داده است.

۲. رویکرد «تغییر در اجرا» جنبه ثانوی دارد. مادامی که حجت معتبری برای «تغییر در افتا» در دست باشد، بهره‌وری از تمهیدات اجرایی وجهی ندارد و چه‌بسا به وهن شرع و اتهام آن به تنظیم حقوقی ظالمانه بیانجامد. بنابراین تنها در فرضی که حجت معتبر فقهی بر تغییر در افتا وجود نداشته باشد، می‌توان از این رویکرد بهره جست.

علاوه بر این برخی از این تمهیدات اجرایی قابل مناقشه هستند. محض نمونه اختصاص صندوقی از بیت‌المال که نیمی از دیه زن را تا برابری با دیه مرد پرداخت می‌کند، خود چگونه توجیه می‌شود؟ آیا اگر واقعاً حق زن نصف دیه مرد است، صرف بیت‌المال در این زمینه عادلانه است؟ (سروش‌محلّاتی، ۱۳۷۹: ۲۵) از سویی دیگر در خصوص پیشنهاد کاتوزیان، آیا الزام مردان به وصیت ثلث مآثرک خود برای زنان با حقوق سایر وراث در تراحم قرار نمی‌گیرد؟

این ادعای علی‌اکبریان که گاهی اجرای یک حکم ثابت شرعی به دلایلی ظالمانه محسوب می‌شود و تنها می‌توان در مقام اجرا برخلاف آن حکم اولی، حکمی ثانوی را مطرح کرد نیز قابل تأمل است؛ زیرا گذر زمان در این موارد موجب تغییر موضوع و به‌تبع آن تغییر حکم می‌گردد و دلیلی بر اصرار به بقای حکم و طرح حکم ثانوی وجود ندارد بلکه در این مقام دو موضوع متمایز با دو حکم اولی متفاوت قابل طرح خواهند بود و بدین‌سان «تغییر در اجرا» به «تغییر در افتا» بازمی‌گردد.

۳. «تغییر در افتا» با رویکرد «کشف فرع جدید» روشی کاملاً قابل قبول است. تقدیم نصوص قرآنی بر نصوص متباین روایی، تصرف در موضوعات احکام، توجه به احکام متغیر و استظهار علت حکم، اصول شناخته‌شده‌ای در فقه هستند. نزاع در این مقام نزاع صوری، اصولی و کبروی نیست بلکه محتوایی، فقهی و صغروی است و الا اصل این روش‌ها قابل قبول‌اند. محض نمونه بر خلاف دیدگاه صناعی، دلالت قرآن بر برابری قصاص به‌صورت نص، می‌تواند محل تأمل قرار گیرد. چنانچه ادعای امضائی بودن حکم دیه در صدر اسلام نیز از پشتوانه استدلالی قابل قبولی برخوردار نیست و به همین جهت سروش محلّاتی آن را در حد یک امکان مطرح کرده است.

۴. «تغییر در افتا» با رویکرد «وضع اصل جدید» نیز فی حد نفسه روشی قابل قبول است. قواعد اصولی مانند فروع فقهی مصون از خطا نیستند و فقیه اصولی می‌تواند با اجتهاد، میزان اعتبار هر

یک از آن‌ها را بررسی کند. خطای اصولیان پیشین نیز امری ممکن است اما نباید به نوعی «مغالطه پهلوان پنبه» تبدیل شود و دستاورد اصولی آن‌ها در عصر حاضر، به کلی غیرقابل بهره‌وری تلقی گردد. این سخن کدیور که اجتهاد در فروع تنها در حد حکم ثانوی و شرط ضمن عقد می‌تواند به مسائل زنان بپردازد کلام قابل قبولی نیست؛ زیرا «بازنگری در ادله» حتی با همان روش اصولی سنتی نیز می‌تواند تغییراتی در فتاوا ایجاد کند - که برخی از آن‌ها در این مقاله تبیین شد.

در مجموع مشکل روش‌شناسانه در این رویکرد، «عدم اقامه برهان» بر اصول موضوعه جدید است. اگر در جنبه سلبی، ادله‌ی پیشینیان بر اعتبار یک اصل مورد انتقاد قرار گیرد و در جنبه ایجابی، براهین متقن بر اعتبار اصلی جدید در مصاف آن اصل اقامه شود، طبعاً پذیرش چنین اصلی ممکن بلکه ضروری است. اما نکته اینجاست که در پاره‌ای از موارد نه آن جنبه سلبی و نه این جنبه ایجابی مبرهن نبوده و از گزند نقض و مناقشه مصون نیستند.

به عنوان مثال در جنبه سلبی، تردید در عصمت ائمه - که از اصلی‌ترین مبادی تصدیقی فقه سنتی است - و اجتهادی خواندن میراث روایی آنان بر پایه تحقیقی جامع ارائه نشده است و به تصریح مدعی این مسئله، «درآمدی از یک تحقیق گسترده» بوده است (کدیور، ۱۳۸۵: ب: ۲۰).

در جنبه ایجابی نیز برخی مدعیات مطرح شده قابل تأمل هستند. به عنوان مثال عصری بودن تفسیر عدالت و واگذاری تعریف آن به انسان در هر عصر و در نتیجه تغییر مستمر احکام الهی بر پایه تغییر عدالت، علاوه بر اینکه ادعایی فاقد دلیل معتبر است، از تالی فاسد نسبیت اخلاقی نیز در رنج است.

نکته دیگر در این مقام اشکالات صغروی در این رویکرد است. مقصود این است که بپرسد پذیرش اصول وضع شده، برخی از تلاش‌های مذکور با خود این اصول نیز منطبق نیستند. برای

مثال حتی اگر اعتبار انحصاری قرآن پذیرفته و اعتبار سنت مخدوش اعلام شود، بر خلاف دیدگاه صادقی تهرانی، بازهم استدلال به آیه «الْجُرُوحُ قِصَاصٌ» برای اثبات فزونی دیه ۴

انگشت بر ۳ انگشت قابل قبول نیست؛ زیرا این آیه در مقام بیان اصل تشریح حکم قصاص است و صرف‌نظر از تعمیم قابل تأمل آن به مسئله دیه، نمی‌توان با تمسک به اطلاق این آیه، فزونی

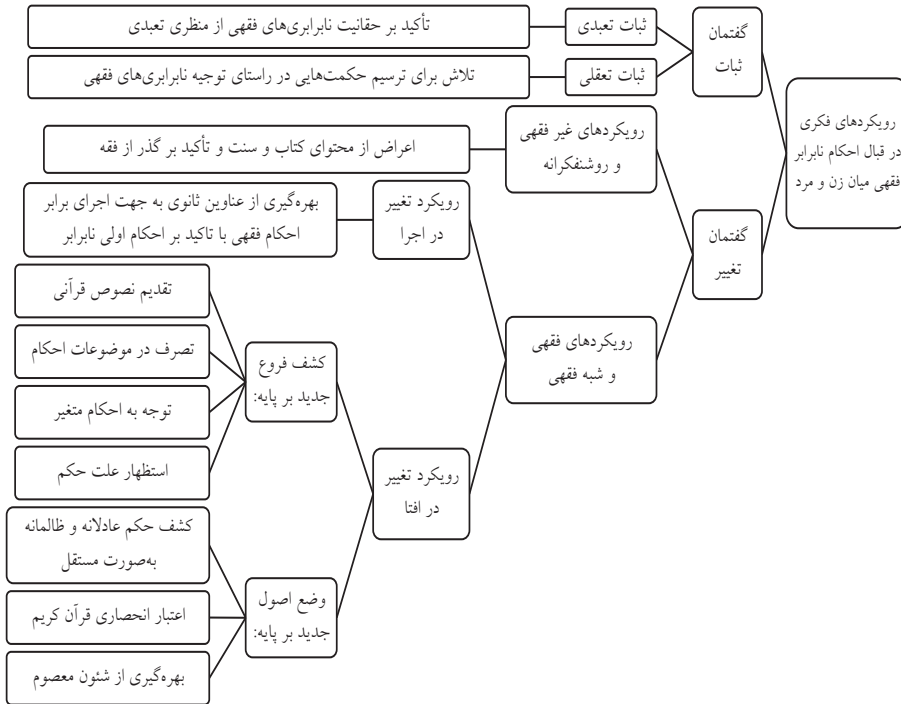
دیه ۴ انگشت را اثبات کرد؛ زیرا آیه در مقام بیان جزئیات و مقدار قصاص و به طریق اولی دیه نیست. در نمونه دیگر استدلال به آیه ۳۱ نور برای تعیین مرز حجاب نیز قابل قبول نیست؛ زیرا

صرف‌نظر از مناقشه در دلالت این آیه بر مدعای مذکور (عدم وجوب پوشش سر و گردن)، در این مدعی به ادامه آیه شریفه توجه نشده است، در حالی که در آن صریحاً از خمار و پوشش سر

و گردن سخن به میان آمده است.

بحث و نتیجه گیری

طیف گسترده احکام و حقوق نابرابر میان زن و مرد در فقه اسلامی، موجب شده است تا اندیشمندان در سال‌های اخیر، به منظور تحکیم «عدالت جنسیتی» به تأملات مختلف و جدیدی در این احکام بپردازند. در این میان رویکردهای مختلفی - که در شکل (۱) ملاحظه می‌شوند - قابل رهگیری هستند.



شکل (۱): رویکردهای متفاوت در مواجهه با احکام زنان

تأکید بر «گفتمان ثبات» تنها در جایی قابل قبول است که هیچ‌یک از رویکردهای مقبول در ذیل «گفتمان تغییر» راه‌حلی ارائه نکنند و الا در صورت وجود راه‌حلی معتبر، حجت بر اندیشمند فقهی تمام است و باید با تکیه بر آن راه‌حل، حکم جدید را ابراز کند و از تبیین حکم الهی مستکشف، استنکاف نکنند. در ذیل گفتمان تغییر صرف‌نظر از «رویکردهای غیر فقهی و روشنفکرانه» - که فقه را به صورت کلی کنار می‌نهند - هر یک از رویکردهای دیگر حظی از حقیقت دارند. در این میان ترتیب منطقی مطلوب بدین شرح است:

- ۱- ابتدا «رویکرد وضع اصول جدید» بررسی می‌گردد و فقیه در ضمن آن به ساماندهی نظام اصولی خود و جرح و تعدیل آن همت می‌گمارد.
 - ۲- پس از آن «کشف فروع جدید» مورد توجه قرار می‌گیرد و فقیه با «بازنگری در ادله» مسائل چالش برانگیز فقهی را مورد مطالعه مجدد قرار می‌دهد.
 - ۳- در مرحله بعد، اگر تغییر در افتا حاصل نشد و درعین حال تأکید بر گفتمان ثبات نیز با مفاسدی مواجه بود، آنگاه به «رویکرد تغییر در اجرا» روی آورده می‌شود.
 - ۴- در نهایت اگر هیچ تغییر موجهی حتی در مقام اجرا به اثبات نرسید به «گفتمان ثبات» تمسک می‌گردد. این گفتمان اگر در طریق مذکور و در مرحله چهارم وضع شود و تسلیم در قبال احکام نابرابر باقی‌مانده را موجه جلوه دهد، کمتر به رویکرد تعقلی و تبیین حکمت نابرابری‌ها - که در بسیاری از موارد به بیراهه می‌انجامد - نیازمند است.
- این نقشه راه مطلوب و روشمندان‌ه‌ای است که هر چند تا کنون نواقص تطبیقی فراوانی در آن وجود داشته است اما به جهت دستیابی به عدالت جنسیتی اسلامی، در مقابل اندیشمندان اسلامی قرار دارد.

منابع

- ◀ اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائدة و البرهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ استرآبادی، محمدامین، (۱۴۲۶ ق). الفوائد المدنیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ اسحاقی، محمد، فریبا حاجیعلی و زینب نفر، (۱۳۹۹). «کاربرد انصاف در فقه خانواده»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۲، ش ۸۸.
- ◀ اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۲۹ ق). نهاییه الدراية فی شرح الکفایه، ج سوم، بیروت: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- ◀ موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۹). صحیفه نور، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ◀ آملی، میرزاحمدتقی، (۱۳۸۰ ق). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران: مولف.
- ◀ ایزدی فرد، علی اکبر و حسین کاویار، (۱۳۹۱). «واکاوی ادله ناظر بر مرجعیت زنان در فقه امامیه»، راهبرد، س ۲۱، ش ۶۵.
- ◀ پزشکی، محمد، (۱۳۸۷). صورت‌بندی مطالعات زنان در جهان اسلام، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ◀ پوراسماعیلی، علیرضا و علیرضا صادقی، (۱۳۹۳). «نقد نظریه ممنوعیت قضاوت زنان از منظر فلسفه فقه»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۱۰، ش ۳۶.
- ◀ تشکری، زهرا، (۱۳۸۱). زن در نگاه روشنفکران، قم: طه.
- ◀ جناتی، محمدابراهیم، (۱۳۸۰). روش‌های کلی استنباط در فقه، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- ◀ جهانگیری، محسن، (۱۳۸۵). بررسی تمایزهای فقهی زن و مرد، قم: بوستان کتاب.
- ◀ جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۸). زن در آینه جلال و جمال، قم: اسراء.
- ◀ حرعاملی، محمد، (۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعه، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- ◀ حلی، جمال‌الدین، (۱۴۰۷ ق). المذهب البارع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۲۴ ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، ج دوم، قم: انتشارات مرتضوی.
- ◀ خامنه‌ای، محمد، (۱۳۸۵). فلسفه زن بودن، تهران: بیاد حکمت اسلامی صدرا.
- ◀ خویی، ابوالقاسم، (۱۴۱۷ ق). محاضرات فی أصول الفقه، ج سوم، قم: طبع دارالهادی.
- ◀ زمخشری، محمود، (۱۴۰۷ ق). الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، ج یکم، بیروت: دارالکتاب العربی.
- ◀ سبحانی، جعفر، استنباط الاحکام، قم: بی‌نا، بی‌تا.
- ◀ سبحانی، محمدتقی، (۱۳۸۲). الگوی جامع شخصیت زن مسلمان، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زن.
- ◀ شفیعی سروستانی، ابراهیم، (۱۳۷۹). جریان شناسی دفاع از حقوق زنان در ایران، قم: طه.
- ◀ سروش محلاتی، محمد، (۱۳۷۹). «امکان تغییر حکم شرعی»، حریم امام، ۷، ش ۳۳۳.

- ◀ شالچی، مجید، (۱۳۸۸). حقوق زن، تهران: آرون.
- ◀ شجریان، مهدی، (۱۳۹۶). «اصول روش تفسیری آیت الله جوادی آملی»، معارج، ۳، ش ۱.
- ◀ _____ (۱۳۹۷). «بررسی گستره شریعت از منظر دیدگاه های رایج در مصالح و مفاسد واقعی»، آیین حکمت، ۱۰، ش ۳۵.
- ◀ _____ (۱۳۹۵). «نگرشی نوین در تبیین ضرورت عقلی عمل به دستورات شرعی»، عقل و دین، ۸، ش ۱۵.
- ◀ _____ (۱۳۹۹ الف). «بررسی رویکردهای رایج در مفهوم عدالت جنسیتی»، مطالعات اسلامی زنان و خانواده، س ۷، ش ۱۲.
- ◀ _____ (۱۳۹۹ ب). «راه حلی برای چالش مفهوم شناسی عدالت»، حکمت اسلامی، س ۷، ش ۳.
- ◀ جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ ق). مسالک الأفهام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ◀ انصاری، سید مرتضی، (۱۴۱۶ ق). فرائد الاصول، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ صادقی تهرانی، محمد، (۱۳۷۸). توضیح المسائل نوین، تهران: امید فردا.
- ◀ _____ (۱۳۸۶). حقوق بانوان در اسلام، تهران: امید فردا.
- ◀ _____ (۱۳۸۳). فقه گویا، قم: جامعه علوم القرآن.
- ◀ صانعی، یوسف، (۱۳۸۴). برابری دیه، قم: فقه الثقلین.
- ◀ _____ (۱۳۸۳). برابری قصاص، قم: فقه الثقلین.
- ◀ _____ (۱۳۹۷). رویکردی به حقوق زنان، قم: فقه الثقلین.
- ◀ _____ (۱۳۸۸). شهادت زن در اسلام، قم: فقه الثقلین.
- ◀ ضیایی فر، سعید، (۱۳۹۲). «بهره گیری از شئون معصوم در استنباط احکام فقهی زنان»، کاوشی نو در فقه، س ۲۰، ش ۳.
- ◀ _____ (۱۳۹۳). فلسفه علم فقه، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲ ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج سوم، چ سوم، تهران: ناصر خسرو.
- ◀ _____ (۱۴۱۲ ق). تفسیر جوامع الجامع، ج یکم، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- ◀ طباطبایی، سید محمدحسین، (۱۳۹۰ ق). المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- ◀ عبادی، شیرین، (۱۳۷۳). تاریخچه و اسناد حقوق بشر در ایران، تهران: روشنگران.
- ◀ عترت دوست، محمد و سیدمحمدجواد وزیری فرد، (۱۳۹۲). «بررسی ادله فقهی مخالفان ولایت سیاسی زنان در فقه شیعه»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، س ۹، ش ۳۳.

◀ علاسوند، فریبا، (۱۳۸۰). «فقه زنان و کنواسیون منع تبعیض در نگاهی گذرا»، مجموعه مقالات: دفاع از حقوق زنان، قم: طه.

◀ علی اکبریان، حسنعلی، (۱۳۸۶). قاعده عدالت در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

◀ _____ (۱۳۹۵). «نقش عدالت در قانون‌گذاری در حکومت اسلامی»، کاوشی نو در فقه، س ۲۳، ش ۱.

◀ علیدوست، ابوالقاسم و محمد عشایری منفرد، (۱۳۹۰). «بازپژوهی خروج از منزل بدون اذن شوهر»، مطالعات راهبردی زنان، س ۱۳، ش ۵۱.

◀ علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۱). فقه و عقل، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

◀ فنایی، ابوالقاسم، (۱۳۹۴). اخلاق دین‌شناسی، تهران: نگاه معاصر.

◀ _____ (۱۳۹۵). دین در ترازوی اخلاق، تهران: صراط.

◀ قابل، احمد، (۱۳۹۱ الف). شریعت عقلانی:

(www.ghabel.net)

◀ _____ (۱۳۹۱ ب). مبانی شریعت:

۲۷

(www.kadivar.com)

◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷). «ارزش سنت و جذبه عدالت در توارث همسران»، نقد و نظر، س ۵، ش ۱.

◀ کار، مهرانگیز، (۱۳۷۶). حقوق سیاسی زنان ایران، تهران: روشنگران.

◀ کاشف الغطاء، (۱۳۵۹ ق). تحریرالمجله، نجف: المكتبة المرتضویه.

◀ کاظم‌زاده، علی، (۱۳۸۶). تفاوت حقوقی زن و مرد، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

◀ کدیور، محسن، (۱۳۹۰). بازخوانی حقوق زنان در اسلام:

◀ _____ (۱۳۸۵ الف). بازخوانی نظریه علمای ابران:

◀ _____ (۱۳۸۵ ب). تأملی در منابع اعتقادی:

◀ _____ (۱۳۹۶). تحول در نگرش سیاسی و دینی به حجاب:

◀ _____ (۱۳۹۵ الف). حکم شرعی حجاب:

◀ _____ (۱۳۹۵ ب). علمای ابران:

(www.kadivar.com)

◀ _____ (۱۳۸۸). حق‌الناس، تهران: کبیر.

◀ کرکی، نورالدین علی، (۱۴۱۴ ق). جامع المقاصد، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

◀ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق). الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

◀ مجتهدشبه‌ستری، محمد، (۱۳۷۹). تقدی بر قرائت رسمی از دین، تهران: طرح‌نو.

◀ محقق نائینی، محمدحسین، أجود التقریرات، قم: مطبعة العرفان، بی‌تا.

- ◀ محمدی اصل، عباس، (۱۳۸۶). جنسیت و دیدگاه‌های نئوفمینیستی، تهران: صدف.
- ◀ علی محمدی، حامد و آمنه‌سادات حسینی، (۱۳۹۲). «تفاوت شهادت زن و مرد در فقه و حقوق»، مطالعات راهبردی زنان، س ۵، ش ۶۰.
- ◀ مرتضوی، محمد، (۱۳۸۷). حقوق اجتماعی و سیاسی در اسلام، مشهد: یوسف فاطمه.
- ◀ مطهری، مرتضی، (۱۳۸۸). عدل الهی (مجموعه آثار ج ۱)، تهران: صدرا.
- ◀ مظفر، محمدرضا، (۱۴۳۰ ق). اصول الفقه، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ مهرپور، حسین، (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن، تهران: اطلاعات.
- ◀ مهریزی، مهدی، (۱۳۸۴). «رویکردهای مذهبی در تاریخ معاصر ایران به زن»، آیین پژوهش، ش ۹۱.
- ◀ _____ (۱۳۸۲). شخصیت و حقوق زن در اسلام، تهران: علمی فرهنگی.
- ◀ _____ (۲۰۰۸ م). «فقه المراه: اشکالیات و تحدیيات»، در مجموعه مقالات: فقه المراه، بیروت: مرکز الحضاره لتئیه الفكر الاسلامی.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ◀ هدایت‌نیا، فرج‌الله، (۱۳۹۶). «تأملی بر نظریه خانه‌نشینی زن در فقه اسلامی»، مطالعات راهبردی زنان، د ۱۹، ش ۷۸.

الگوی اخلاقی طلاق همسران در قرآن کریم

محمد رضا جباران*

چکیده

طلاق به مثابه یک کنش اختیاری، موضوع احکام اخلاقی است، ولی ظروف و شرایط جدایی مانع توجه به اخلاق می‌شود. رفع ناسازگاری ظروف و شرایط عاطفی و اجتماعی طلاق با رفتار اخلاقی، نیازمند الگوی اخلاقی کارآمد و مستند به واقعیت است. این پژوهش با این پیش‌فرض که قرآن کریم برای این بخش از زندگی همسران الگوی اخلاقی کارآمدی دارد، با روش توصیفی - تحلیلی در صدد کشف این الگو از قرآن کریم برآمده و با تکیه بر منابع تفسیری به تحلیل آیات مربوط به موضوع طلاق پرداخته است. یافته‌های حاصل از این پژوهش نشان داد که قرآن کریم برای اجرای اخلاقی طلاق الگویی مرکب از چهار ضلع ارائه کرده است: برای مراعات این الگو، طلاق باید با هدف دستیابی به فرصتی برای حرکت کمالی، بر مبنای توجه به آثار اجتماعی، چندجانبگی حکم شرعی شامل تنزیه، تجویز و توصیه، در بستر مراعات عرف، تلاش برای حفظ مسالمت و مسابقه نیکی صورت بگیرد و فرایند مراعات وقت، اشهداد و تمتیع را طی کند.

واژگان کلیدی

الگو، اخلاق، همسر، طلاق، الگوی اخلاقی.

۱- مقدمه و بیان مسئله

از دیدگاه قرآن کریم خانواده باهدف رساندن اعضای خود به کمال تشکیل می‌شود و در طول حیات خود نیز با سازکارهای مختلفی این هدف را دنبال می‌کند. به عبارتی خانواده در تأمین بسیاری از نیازهای بنیادی فرد و جامعه از جمله تنظیم رفتار جنسی و زادوولد، مراقبت از فرزندان و افراد سالمند، جامعه‌پذیری کودکان و تثبیت جایگاه و منزلت اجتماعی آنها و خلاصه تأمین نیازهای جسمی و روحی آنها نقش اساسی ایفا می‌کند (شیردل و محمدی، ۱۳۹۹: ۳۸).

پدیده طلاق به نوعی نتیجه‌ی نقصان‌های فردی و زوجی و در عین حال ضعف‌های خانوادگی و فرهنگی اجتماعی زوجین است که تنها به فرد مطلقه محدود نیست و خانواده‌ها و جامعه را هم درگیر می‌کند (عبداللهی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۵۹). لذا پدیده‌ی طلاق به اقتضای ماهیت خود بنیان خانواده را بر هم می‌زند و سیر تکامل انسان از مسیر خانواده را متوقف می‌کند. باین حال خود به‌مثابه یک کنش اختیاری که می‌تواند به صورت اخلاقی یا غیراخلاقی اتفاق بیفتد و بستر حرکت تکاملی انسان را فراهم کند یا سد راه کمال او شود، موضوع احکام اخلاقی است؛ ولی ناآگاهی کنشگران از الگویی اخلاقی که در موقعیت‌های تنش‌زا و تشنج‌آفرین کارآیی خود را از دست ندهد، در این مقطع از زندگی میدان را برای کینه‌توزی‌ها و دشمنی‌ها باز می‌گذارد تا مانع توجه کنشگر به اخلاق شوند. به همین دلیل، هنگام طلاق معمولاً کسی در پی رفتار اخلاقی نیست و هر یک از زن و شوهر در پی آزار و زیان رساندن به دیگری است. به عبارت دیگر در موقعیت طلاق عاملی وجود دارد که از ورود اخلاق به تصمیمات و رفتارهای زن و شوهر مانع می‌کند. احساس مانع در راه جریان عادی امور به مثابه یک مسئله تلقی می‌شود و می‌تواند اندیشمندی را به رفع مانع علاقمند کند (بیابانگرد، ۱۳۸۹: ۳۲). ناسازگاری ظروف و شرایط طلاق با رفتار اخلاقی مسئله مهم و درعین حال پیچیده‌ای است که این مقاله درصدد حل آن برآمده است. تحلیل این مسئله این سؤال را پیش رو می‌نهد که «الگوی اخلاقی قرآن کریم برای مقطع طلاق که می‌تواند توجه و علاقه کنشگر به رفتار اخلاقی را جلب کند، چیست؟» این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی درصدد پاسخ به این سؤال است.

۲- پیشینه‌ی پژوهش

نگاه اخلاقی به طلاق در فرهنگ اسلامی پیشینه دوری ندارد. در مکتوبات معاصر، تعداد نه‌چندان زیادی از محققان با دغدغه اخلاقی به این موضوع نگریسته و هر یک با رویکردی خاص به بررسی ارتباط بین اصول اخلاقی و طلاق پرداخته‌اند.

رضایی در پژوهشی با عنوان «مبغوضیت طلاق در اسلام» علل و عوامل اخلاقی، اجتماعی، پیامدهای فردی، خانوادگی و اجتماعی و راهکارهای مقابله با شیوع طلاق را بررسی کرده است. (رضایی: ۱۳۸۳). قنبرپور در «بررسی گزاره‌های فقهی و حقوقی متأثر از اخلاق در باب نکاح و طلاق» با بررسی و تطبیق گزاره‌های اخلاقی مؤثر در باب نکاح و طلاق به این نتیجه رسیده است که نفوذ آموزه‌های اخلاقی در نکاح و طلاق اجتناب‌ناپذیر است و بسیاری از احکام طلاق مثل مهرالمتعه، عفو از مهر، نفقه پس از طلاق و جدایی به احسان با موازین اخلاقی مرتبط است. (قنبرپور، ۱۳۹۸). محمدی و شورگشتی نیز در «رابطه‌ی اخلاق و فقه در آیات طلاق» پس از بررسی اصول اخلاقی همسرانه در دو مقطع زندگی مشترک و زندگی پس از طلاق به تأثیر قابل توجه اخلاق در مسائل فقهی و به صورت خاص در مسائل نظام خانواده و معضل اجتماعی طلاق دست یافته‌اند (محمدی و شورگشتی، ۱۳۹۸). احمدیه و حکمت‌نیا نیز در «بررسی لزوم شرط معروف و احسان در حکم طلاق» عمل به معروف را یک قاعده اخلاقی تلقی کرده و به این نتیجه رسیده‌اند که برخورد‌های اخلاقی در هنگامه بحران‌ها ضرورت بیشتری دارد. عمل به معروف از جانب مرد در مقطع طلاق و پس از طلاق موضوعیت دارد و بالاتر از آن از مرد انتظار می‌رود در این دو مقطع مطابق احسان رفتار کند. (احمدیه و حکمت‌نیا، ۱۳۹۸). گرجی و معارف در پژوهشی با عنوان «جهت‌گیری‌های اخلاقی آیات طلاق در قرآن» به بررسی نقطه مزج فقه و اخلاق در احکام طلاق پرداخته و نتیجه گرفته‌اند. وجود لطایف اخلاقی در آیات غیر قابل انکار است، اسلام عموماً در مشاجرات زناشویی توصیه به فیصله مسالمت‌آمیز مشکلات دارد و در صورت ضرورت، طلاق منطقی، قابل تحمل و نیکو را می‌پسندد. در طلاق اسلامی مراعات معروف و تقوا ضروری است و سبک اسلامی طلاق در اکثر موارد می‌تواند موجب آشتی و رجوع زوجین شود. با این همه، رویکرد اخلاقی قرآن کریم به طلاق، در فقه و حقوق اسلامی منعکس نشده است. (گرجی و معارف، ۱۳۹۹). داودی در «اخلاق طلاق» کوشیده است با بهره‌گیری از آیات و روایات ناظر به طلاق، دستورهای اخلاقی مرتبط با طلاق را بررسی کند و نتیجه گرفته از دیدگاه اسلام، طلاق دارای حد و مرز مشخصی است که نباید از آن تجاوز شود، رعایت اخلاق در زمان جدایی از مهم‌ترین قوانین طلاق و عامل کم‌اثر یا بی‌اثر شدن عواقب تلخ طلاق است، انگیزه طلاق نباید آسیب‌رسانی، کسب ثروت یا فرار از مسئولیت خانوادگی باشد و در زمان طلاق، انسان مورد آزمایش الهی قرار می‌گیرد و باید بکوشد رفتاری منطقی از خود نشان دهد و از مرزهای اخلاق عبور نکند. (داودی، ۱۳۸۹). آقاجانی و همکاران در یک مطالعه موردی با عنوان «فرایند برساخت هویت زنان در جریان طلاق: بازاندیشی در تقدس خانواده و قبح طلاق» نشان داده‌اند که درزمینه‌ی تحول ارزشی جامعه از سنتی به مدرن، طلاق

موجب تحقق اصول اخلاقی‌ای چون «خودمختاری» و «فردیت» می‌شود و مبتنی بر آن‌ها «هویت شخصی» می‌آورد (آقاجانی و همکاران، ۱۳۹۶). این رویکرد به‌رغم تفاوت با موضوع بحث ما نوعی ارزیابی اخلاقی از طلاق است. چنان‌که پیداست هیچ‌یک از تحقیقات مذکور در پی استخراج الگوی اخلاقی برای طلاق نبوده است. براین اساس این تحقیق در نوع خود بدون پیشینه بوده و نتیجه آن نوآورانه خواهد بود.

۳- تعریف مفاهیم

در این قسمت برخی از مهم‌ترین مفاهیمی که در پژوهش کنونی نقشی بنیادین دارند، تبیین و تشریح می‌گردد.

۳-۱- الگو

الگو در لغت به معنی طرح و نمونه است و در اصطلاح حرفه‌ای خیاطی و گلدوزی به طرح یا نمونه‌ای اطلاق می‌شود که از روی چیزی بریده می‌شود (معین، ۱۳۷۶، ج ۱: ۳۴۲؛ مشیری، ۱۳۸۸: ۸۸). در اصطلاح علوم اجتماعی الگو را با واژه‌هایی تعریف می‌کنند که مثل ساخت و گشتالت، حامل مفهوم کلیت، اجتماع، سازمان و پایداری روابط هستند و یا مثل شکل‌بندی، ریخت و نمونه به تصویری ذهنی که به‌طور کامل بر نمونه خارجی خود منطبق می‌شود، اشاره دارند (شایان‌مهر، ۱۳۷۷، کتاب اول: ۷۹). بر این اساس، ملاحظه مفهوم و کاربرد این واژه‌ها ما را به مفهوم الگو نزدیک می‌کند. واژه ساخت به معنی ساختار، بر یک کل متشکل از پدیده‌های همبسته (همان) و به مجموع عناصر تشکیل‌دهنده یک کل و پیوستگی اجزای آن با یکدیگر (انوری، ۱۳۸۱، ج ۵: ۳۹۶۳) اطلاق می‌شود. شایان‌مهر ساختار را معادل فارسی (structure) در انگلیسی تلقی کرده که همه مشتقات آن به نحوی بر مفهوم سازمان، نظم و وابستگی دلالت دارند (برجانیان، ۱۳۸۱: ۸۴۹).

گشتالت^۱ مجموعه‌ای است که اجزا و واحدهایش به هم وابسته است و تأثیر واحدی ایجاد می‌کند. (انوری، ۱۳۸۱، ج ۶: ۳۶۱۹) در اصطلاح روانشناسی نام مکتبی است که پدیده‌ها یا فرایندهای روانی را به‌منزله کل‌های غیرقابل تجزیه تلقی می‌کند (همان) و در علوم اجتماعی نام نظریه‌ای است که پدیده‌ها را به‌منزله‌ی مجموعه‌هایی با وابستگی درونی می‌بیند (شایان‌مهر، ۱۳۷۷، کتاب دوم: ۳۸۸).

ریخت به معنی شکل، قیافه و هیات است (عمید، ۱۳۷۵: ۶۴۸) و نمونه به معنی مثل، مانند و سرمشق (معین، ۱۳۷۶، ۴: ۴۸۲۲). از ترکیب مجموعه مفاهیمی که برای تعریف الگو به کار آمده به این نتیجه می‌رسیم که «الگو تصویری است ذهنی برای نمایش پیوستگی و همبستگی درونی اجزای یک کل».

پیشنهاد الگوی اخلاقی برای یک فعالیت در زندگی انسان، اشاره به این مطلب دارد که آن فعالیت به‌مثابه یک سیستم تلقی می‌شود و الگو می‌تواند با نمایش و تأکید بر ارتباط بین عناصر موجود در آن، مسیر حرکت از وضع موجود به وضع مطلوب را در آن سیستم به‌وضوح نمایش دهد. بر این اساس پیشنهاد الگو برای هر فعالیت نیازمند شناسایی عناصری است که آن فعالیت را شکل می‌دهند. عناصر تشکیل‌دهنده یک فعالیت عبارت است از اهداف، مبانی، بستر و فرایند فعالیت.

۳-۲- طلاق

طلاق واژه عربی از ماده «طلق» به معنی رها کردن و فرستادن است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۲۰) و در روابط همسرانه به معنی باز گذاشتن راه زن به کار می‌رود (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۰۱). مقصود از طلاق در این نوشته مقطعی از روابط همسرانه است که با تصمیم طلاق آغاز و با اجرای صیغه طلاق و دادوستد مبتنی بر آن پایان می‌گیرد؛ بنابراین زندگی و حوادث پس از طلاق را شامل نمی‌شود. در این پژوهش درباره طلاق سخن گفته می‌شود که از منشأ فکر، درایت و آینده‌نگری سرچشمه می‌گیرد. چنین طلاق می‌تواند منطبق بر یک الگوی اخلاقی باشد. نه آن که از کینه و دشمنی یا بوالهوسی و ذوقی برمی‌خیزد و خود مصداق بارز رفتار ضد اخلاقی است.

۳-۳- همسر

همسر در لغت فارسی به معنی همقد، برابر (عمید، ۱۳۷۵: ۱۲۵۸) رفیق، نظیر، قرین، همسان، هم‌رتبه و ... به‌کاررفته است. ولی در زمان ما مشهورترین و شاید تنها مفهومی که با این واژه شناخته می‌شود، زن یا مردی است که به‌عنوان شریک زندگی دیگری شناخته می‌شود (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۵: ۳۴۵۴۳). بنابراین، منظور از همسر در این پژوهش فردی است که با فردی دیگر از جنس مخالف ازدواج کرده و به‌صورت رسمی و قانونی شریک زندگی او محسوب می‌شود.

۳-۴- اخلاق

برای این که بدانیم مراد از اخلاق در این عنوان چیست، آشنایی با ماهیت و لوازم طلاق مفید است. طلاق خود یک رفتار است؛ ولی مبتنی بر مجموعه‌ای از خصلت‌هاست که در شکل اجرای طلاق تأثیر دارند. بر این اساس اخلاق در این بحث، مطابق با مفهوم‌سازی‌های صاحب‌نظران معاصر

(مکارم، ۱۳۸۹، ج ۱: ۹ و فرامرز قراملکی، ۱۳۸۳: ۸) عبارت است از مجموعه‌ی سجایای نفسانی و اصول عملی که موجب می‌شوند طلاق در بستر حرکت کمالی انسان اتفاق بیفتد.

۴- مؤلفه‌های طلاق

بر اساس آنچه گذشت، پیشنهاد الگو برای طلاق منوط به شناخت مؤلفه‌های آن است و چون بنا داریم، این رفتار را با وجهه اخلاقی بشناسیم، مؤلفه‌های آن را با رویکرد اخلاقی تبیین می‌کنیم.

۴-۱- اهداف طلاق

شکی نیست که طلاق از منظر اسلامی امری ناپسند است؛ ولی با خصوصیتی که در این نوشته مورد نظر قرار گرفته، از منظر قرآنی مکمل ازدواج است و در صورتی که با تدبیر و ارزیابی وضعیت موجود انتخاب شده باشد، هدفی مثل ازدواج دارد. از آنجاکه درباره اهداف ازدواج زیاد سخن گفته شده است. به اشاره‌ی در این باره بسنده و تلاش می‌کنیم دلالت نصوص دینی به‌ویژه قرآن کریم بر همسویی طلاق و ازدواج را نشان دهیم.

ازدواج با مدلی که قرآن کریم طراحی کرده، انسان را به سمت بهشت و مغفرت که نقطه اوج کمال انسانی است، می‌برد. منظور از مدل اسلامی ازدواجی است که در بستر احکام اسلامی که قرآن کریم تشریح کرده، اتفاق می‌افتد. به بیان روشن‌تر ازدواج و زندگی خانوادگی هر دو در پی این تأسیس می‌شوند که انسان حدود خدا را مراعات کند و از این رهگذر به کمال دست یابد. قرآن کریم طلاق را نیز در راستای این هدف تشریح کرده است. در باب طلاق خُلع،^۱ می‌فرماید: «برای شما روا نیست که از آنچه به آنان (زنان) داده‌اید، چیزی بازستانید. مگر آنکه [زن و شوهر] در به پا داشتن حدود خدا بیمناک باشند. پس اگر بیم دارید که آن دو، حدود خدا را برپای ندارند، گناهی بر آن دو نیست که زن چیزی برای آزاد کردن خود بدهد» (بقره: ۲۲۹).

طبق این آیه کریمه در شرایط عادی دادوستد مال خلع جایز نیست؛ ولی در صورتی که خانواده از مسیر خود خارج شود، به‌طوری‌که خود زن و مرد بترسند «إلا أن یخافا» یا جمعی از جامعه اسلامی احتمال دهند «فإن خفتم» که آن‌ها حدود خدا را احترام نخواهند کرد «ألا یقیما حدود الله، داد و ستد آن مال برای آن دو مجاز خواهد بود. این آیه کریمه به‌روشنی به ما می‌گوید طلاق برای نجات زن و مرد از شرایطی است که به انحطاط و سقوط ایشان منتهی می‌شود. این سیاق درباره ازدواج پس از طلاق سوم نیز به‌کارآمده «فلا جناح علیهما أن یتراجعا إن ظنا أن یقیما حدود الله: اگر

۱. طلاق است که زن در قبال پرداخت مقداری مال، از شوهرش تقاضا می‌کند و مرد در ازای آن مال به خواسته همسرش کردن می‌دهد.

آن دو [زن و شوهر سابقش] فکر می‌کنند که حدود خدا را برپا می‌دارند، گناهی بر آن دو نیست که به یکدیگر بازگردند» (بقره: ۲۳). در این آیه کریمه نیز بازگشت به زندگی زناشویی منوط به این است که زن و مرد احتمال قوی دهند حدود الهی را مراعات می‌کنند (طبرسی، ۱۳۷۲ق، ج ۲: ۵۸۰). بر این اساس بدون این احتمال، جدایی ترجیح پیدا می‌کند. به عبارت دیگر زوجیت از منظر اسلامی برای رسیدن به اهدافی فردی، خانوادگی، اجتماعی و مدنی وضع شده و اگر نتواند این اهداف را تأمین کند یا در راه رسیدن به آن‌ها مشکل و مانعی بسازد، طلاق بر آن رجحان می‌یابد (مدرسی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶: ۵۲). از این دو آیه استفاده می‌شود قرآن کریم طلاق را به منزله راهی برای بازگشت زن و مرد به بندگی خدا و زندگی رو به رشد تلقی می‌کند که در صورت ناکارآمدی خانواده در سوق انسان به سوی کمال، پیش روی آنان گشوده می‌شود.

۴-۲- مبانی طلاق

نزدیک‌ترین مبانی به پدیده طلاق، نگاه قرآن به جایگاه اجتماعی و قانونی طلاق است. بر این اساس ما نیز به بحث درباره این دو دیدگاه قرآنی به مثابه مبانی طلاق اکتفا می‌کنیم.

۴-۲-۱- طلاق به مثابه امری اجتماعی

تلقی اولیه از قوانین فقهی این است که طلاق امری کاملاً شخصی و از حقوق و اختیارات مرد است؛ ولی با دقت در جوانب مسئله به وجوهی دست می‌یابیم که نشان می‌دهند طلاق از منظر قرآن کریم یک امر کاملاً اجتماعی است. از جمله این‌ها که:

یک. طلاق هر چند از نظر فقهی و حقوقی یک معامله مستقل به شمار می‌رود، در حقیقت به هم زدن نتیجه ازدواج است. ازدواج از منظر قرآن کریم یک امر اجتماعی است (نور: ۳۲؛ نساء: ۳۵) بنابراین به حکم مقابله، طلاق هم یک امر اجتماعی است.

دو. طلاق دارای آثار اجتماعی واضحی است که می‌تواند تعادل اجتماع را برهم زده و موجب ناهنجاری‌هایی در سطح جامعه شود. قرآن کریم درباره برخی آثار اجتماعی آن نظیر کودکان طلاق (طلاق: ۶؛ بقره: ۲۳۳) و زنان مطلقه (طلاق: ۱ و ۶) سخن گفته است.

سه. قرآن کریم طلاق را به مثابه یک امر اجتماعی مطرح کرده است. روش قرآن کریم در طرح مسائل اجتماعی این است که آن‌ها را در خطاب به شأن نبوت رسول خدا (ص) انشاء می‌کند. از این قبیل است حکم جهاد (انفال: ۶۵؛ توبه: ۷۳؛ تحریم: ۹) و قراردادهای حکومتی با اسیران (انفال: ۷۰) حکم طلاق نیز با این شیوه به رسول خدا (ص) ابلاغ شده است. می‌فرماید: «ای پیامبر، چون زنان را طلاق گویند» (طلاق: ۱)؛ این نوع بیان که مخاطب، رسول خدا (ص) و مجری، امت باشد،

دلالت بر این دارد که طلاق حتی وقتی به وسیله یک شخص و بدون ارجاع به دستگاه قضا و اولیای جامعه صورت می‌گیرد، یک امر اجتماعی است (مدرسی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۶: ۵۳).

۴-۲-۲- طلاق مباح مر جوح

طلاق با قید کلیت، در هیچ آیه‌ای موضوع حکم جواز یا منع نیست؛ ولی در آیات زیادی درباره شرایط، تعداد و پی‌آمدهای آن به مثابه یک فعل جایز سخن گفته شده است. علاوه بر این، درباره طلاق پیش از مباشرت به طور خاص حکم به جواز شده است (بقره: ۲۳۶). در فقه مذاهب نیز، فقهای بزرگ همه به جواز طلاق فتوی داده‌اند (طوسی، ۱۳۷۸ ق، ج ۵: ۲؛ شافعی، ۱۴۰۳ ق، ج ۵: ۱۹۳؛ سرخسی، ۱۴۰۶ ق، ج ۶: ۲؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۵۵۶) و حتی بعضی ادعا کرده‌اند که امت اسلامی بر این حکم اجماع دارند (قرطبی، ۱۳۶۴ ق، ج ۳: ۱۲۷). باین همه، قرآن کریم، احکام خانواده را به صورتی سامان داده که طلاق به آسانی و سرعت اتفاق نیفتد؛ ولی به آسانی قابل بازگشت باشد. گزاره دوم که از مسائل بعد از طلاق است از محدوده موضوع این پژوهش خارج است. در اینجا تنها درباره سازکارهای جلوگیری از طلاق سخن می‌گوییم.

قرآن کریم به سه روش از وقوع طلاق جلوگیری کرده است که عبارتند از: نخست، جرم‌انگاری تلاش برای جدا کردن همسران، دوم، تشریح حمایت از خانواده‌های آسیب‌دیده و سوم جرم‌نمایی طلاق بدون دلیل.

روش اول در ضمن داستان هاروت و ماروت استفاده شده است. «آن‌ها از آن دو، چیزهایی می‌آموختند که با آن میان فرد و همسرش جدایی بیندازند» (بقره: ۱۰۲). از این آیه کریمه استفاده می‌شود که تلاش برای جدا کردن همسران بر خلاف اراده خدا و به منزله‌ی کفر است.

روش دوم به طور مستقل در مباحث خانواده به کار آمده است. در این روش، قرآن کریم با تلقی طلاق به مثابه یک ناهنجاری، مقدمات و عوامل آن را نیز به عنوان آسیب‌هایی معرفی کرده که جامعه موظف است در برابر آن از خانواده‌ها حمایت کند. «و اگر از اختلاف زن و شوهر بیم دارید، یک داور از خانواده شوهر اعزام کنید و یک داور از خانواده زن» (نساء: ۳۵). با توجه به استعمال خوف در موارد احتمال، حمایت از خانواده، با احتمال اختلاف واجب می‌شود. قرآن کریم برای تضمین اجرای صحیح این حکم فقهی دو راهکار اندیشیده است. نخست، این که برای اجرای این حکم یک بستر اخلاقی معرفی کرده است که «اگر قصد اصلاح داشته باشند، خدا میان آن دو را اصلاح خواهد کرد». رعایت اراده اصلاح به مثابه روح این حکم، از نقطه آغاز یعنی گزینش حکم تا مراحل بعد یعنی گفتگو و صدور حکم، ضروری است. پس کسی که قصد اصلاح ندارد، نمی‌تواند

حکم باشد و خانواده‌ها نمی‌توانند او را برگزینند. با گزینش و اعزام کسی که قصد اصلاح ندارد، این حکم فقهی امتثال نمی‌شود. دوم این که برای تضمین، بستر اخلاقی آن را به یک اصل اعتقادی ارجاع کرده است: «إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا». این محکم‌کاری کم‌نظیر نشانه اهمیت حمایت از خانواده‌های آسیب‌دیده است.

روش سوم در ضمن حکم ایلاء مطرح شده است؛ در فرهنگ جاهلی پیش از اسلام، مرد می‌توانست با یک سوگند همسر خود را برای هر مدتی که می‌خواست، بلامتکلیف نگه دارد (فخر رازی، بی‌تا، ج ۶: ۴۲۹؛ قرطبی، ۱۳۶۴ق، ج ۳: ۱۰۳). قرآن کریم برای مقابله با این رفتار ایذائی از سه جهت به اصلاح آن پرداخت: نخست، تحریم ایلاء (فیض کاشانی، ۱۴۱۸ ق: ۲۲۹؛ مرداوی، ۱۴۰۶ ق، ۱۶۹: ۹؛ بهوتی، ۱۴۱۸ ق، ۵: ۴۱۰). دوم، تعیین محدوده زمانی؛ بدین معنا که کسی که ایلاء می‌کند نمی‌تواند بیش از چهارماه زن را بلامتکلیف نگه دارد؛ پس از گذشت این مدت مجبور است یا از سوگند خود برگردد و روابط همسری را از سر بگیرد یا همسرش را طلاق دهد. سوم، تعیین کفاره. یعنی کسی که ایلاء می‌کند، اگر در خلال چهار ماه با همسر خود نزدیکی کند، پرداخت کفاره حنث قسم بر او واجب می‌شود. در قرآن کریم جوانب مسئله ایلاء با تفصیلی که گفته شد نیامده؛ و تنها از مهلت چهارماهه و دو راهی پس‌از آن سخن به میان آمده است. «کسانی که به ترک هم‌خوابگی با زنان خود، سوگند می‌خورند چهار ماه مهلت دارند؛ پس اگر بازآمدند، خداوند آمرزنده مهربان است» (بقره: ۲۲۶)، «و اگر آهنگ طلاق کردند، همانا خدا شنوای داناست» (بقره: ۲۲۷). چیزی که به روشنی از این دو آیه کریمه استفاده می‌شود، سه حکم فقهی است: یک، مهلت بلامتکلیفی در ایلاء چهار ماه است. دو، در طول چهار ماه مرد می‌تواند از قسم خود برگردد و روابط همسری را از سر بگیرد. سه، در صورتی که مرد در طول چهار ماه برنگردد، موظف است زن را طلاق دهد. سایر مباحث فقهی ایلاء از روایات به دست می‌آید.

چیزی که به نظر می‌رسد این است که این دو آیه درصدد بیان حرمت ایلاء، رجحان رجوع و مرجوحیت طلاق نازل شده است. حرمت ایلاء را برخی مفسران از جمله پایانی آیه اول «فان الله غفور رحیم» (طبرسی، ۱۳۷۲ق، ج ۲: ۵۷۱) و رجحان رجوع و مرجوحیت طلاق را برخی دیگر از جمله پایانی آیه دوم «فان الله سمیعٌ علیمٌ» (زمخشری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱: ۲۶۹) استفاده کرده‌اند. نکته قابل توجه در این بین این است که قرآن کریم این سه گزاره را با ارجاع به مبانی بیان کرده است تا سخن به محدودیت‌های بیان شرعی و قانونی دچار نشود و استعداد توسعه به حوزه اخلاق را از دست ندهد.

حاصل مطلب این که قرآن کریم با این دو آیه از راه تشویق و تهدید مرد را از پیگیری طلاق بازداشته است. در پایان آیه اول با ارجاع به رحمت و مغفرت الهی به مخاطب القا می کند که ایلاء به مثابه رفتاری که موجب آزار همسر می شود، امری ناپسند و نامشروع و در خور کیفر است؛ ولی در صورتی که مرد از کرده خویش پشیمان شود و به زندگی بازگردد خداوند متعال همین اقدامش را به عنوان توبه از او می پذیرد (حائری طهرانی، ۱۳۳۷، ج ۲: ۶۷ و ۶۸) و حتی بنا به نظر برخی از فقها کفاره قسم نیز از او ساقط است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۳: ۳۲۳). در پایان آیه دوم با ارجاع به شنوایی و آگاهی خداوند متعال به مخاطب یادآوری می کند در صورتی که مرد به زندگی زناشویی برنگردد و گزینه طلاق را انتخاب کند، خداوند متعال از نیت و رفتار او آگاه است و نمی تواند از پی آمدهای این رفتار خود بگریزد. نتیجه این که قرآن کریم با وسایل گوناگون بر سر راه طلاق مانع تراشیده است. از این موضع قرآن کریم استفاده می شود که طلاق امری مرجوح است.

علاوه بر این، در منابع روایی سنی و شیعه روایات زیادی نقل شده که بر مرجوحیت و حتی مبعوضیت طلاق دلالت دارند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۵۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۲: ۲۸۳؛ قزوینی، بی تا، ج ۱: ۶۵۰؛ ابن ابی شیبّه، ۱۴۰۹، ج ۴: ۱۲۷؛ سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۲) تا جایی که در جامعه اسلامی از مبعوضیت طلاق به مثابه یک گزاره مسلم سخن گفته می شود. از جمله این که رسول خدا (ص) می فرماید: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق: ناخواستنی ترین حلال در نزد خداوند متعال طلاق است» (ابن عاشور، ۱۴۲۰، ج ۲۸: ۲۶۵). حاصل مطلب این که طلاق از منظر اسلامی امری مباح و در عین حال ناپسند است؛ به همین دلیل اقدام به طلاق جز در صورت ضرورت توصیه نشده است.

۴-۲-۳- حکم طلاق در صورت ضرورت آن

از مباحث سابق به دست آمد طلاق از منظر قرآن کریم حرام نیست؛ ولی در غیر حال ضرورت مرجوح است. بر این اساس دو سؤال مطرح می شود: نخست این که طلاق در چه صورتی ضرورت پیدا می کند و دوم این که در صورت ضرورت، طلاق چه حکمی دارد. ضرورت طلاق به معنی یا ملازم ناکارآمدی و زیانمندی خانواده است. خانواده برای سرعت بخشیدن به حرکت کمالی انسان تشکیل می شود و اگر این کارکرد خود را از دست بدهد، طلاق ضرورت پیدا می کند؛ ولی آیا پاسخ به این ضرورت در رتبه اباحه مرجوح باقی می ماند یا حکم دیگری پیدا می کند؟ به نظر می رسد حکم طلاق به حسب مورد با توجه به ضرورتی که آن را اقتضا کرده، تعیین می شود. ولی قاعده کلی در این باب این است که در این صورت طلاق در عین عدم مطلوبیت، راجح است و توصیه می شود. بر این اساس، هنگامی که زن و مرد بر مبنای یک استدلال صحیح، تصمیم طلاق

می‌گیرند، خداوند متعال به ایشان وعده پشتیبانی داده تا به خاطر ترس از آینده، نظام فکری ایشان مختل و اضطراب و آشفتگی بر زندگی آن‌ها حاکم نشود و از تصمیم خود برنگردند؛ «و اگر آن دو، از یکدیگر جدا شوند، خداوند هر یک را از دارایی خود بی‌نیاز می‌کند» (نساء: ۱۳۰). طبق این آیه‌ی کریمه خداوند متعال به هر یک از زن و شوهر در حال طلاق وعده داده است که پس از طلاق او را بی‌نیاز خواهد کرد. برای اعتماد پذیر کردن این وعده اولاً آن را به دارایی (وسعت) و حکمت خویش ارجاع کرده «و خدا همیشه دارا و حکیم است»، ثانیاً متعلق وسعت را در ابهام نهاده تا هر کمالی را فراگیرد و همه نیازهای مخاطب را پوشش دهد (فخر رازی، بی‌تاج، ۱۱: ۲۳۸). مشابه این وعده در قرآن کریم به کسانی داده شده که از ترس فقر ازدواج نمی‌کنند (نور: ۳۲). در همان‌جا نیز برای اعتماد پذیر کردن وعده خدا، آن را به علم و دارایی او ارجاع کرده «و خدا دارا و داناست».

این آیات با این تفسیر نیز با ادله‌ی مرجوحیت طلاق، تعارض ندارند؛ چون ادله‌ی مرجوحیت، درصدد جلوگیری از مقدمات و اسباب طلاق‌اند؛ و این آیات درباره موقعیتی سخن می‌گویند که زن و مرد در فرایندی نسبتاً طولانی با پیمودن راه‌های عقلایی به تصمیمی پخته رسیده‌اند. حاصل سخن این‌که طلاق مثل هر کار دیگری در صورتی که بر پایه استدلال صحیح منطقی استوار باشد، باید بدون تردید و دلهره و با توکل بر خدا صورت گیرد، «وَكَفَى بِاللَّهِ وَكَيْلًا» (نساء: ۱۳۲).

۴-۲-۴ - هدفمندی و محدودیت طلاق

دانستیم که طلاق قابل‌نقض و در نتیجه قابل تکرار است. پس تعیین محدوده‌ای برای این رفت‌وبرگشت‌ها ضروری می‌شود تا سنت جاهلی طلاق‌های مکرر بی‌پایان و بی‌هدف (ابن‌ابی‌حاتم، ۱۴۱۹ ق، ج ۲: ۴۱۸) رایج نشود؛ به عبارت دیگر، طلاق هدفمند است؛ پس تنها در صورتی نقض می‌شود که اهداف آن در زندگی مشترک دست‌یافتنی باشد و به همین دلیل نمی‌تواند به‌طور مکرر نقض شود و در مقطع خاصی نقض آن غیرممکن شده، در نتیجه تکرار نمی‌شود، «طلاق دو بار است. پس از آن یا طبق معروف نگاه‌داشتن، یا به شایستگی رها کردن» (بقره: ۲۲۹).

۴-۳ - بسترهای طلاق

منظور از بسترها ظروف و شرایطی است که طلاق در بین آن‌ها رخ می‌دهد، از منظر قرآن کریم طلاق در صورتی از مقدمات کمال انسان خواهد بود؛ که در بسترهای خاصی اتفاق بیفتد از این قبیل، سه عنصر را می‌توان نام برد. مراعات معروف، تلاش برای حفظ مسالمت و احسان.

۴-۳-۱- مراعات معروف

معروف کار درستی است که عقل یا شرع به درستی‌اش حکم کرده، انسان را به آن می‌خواند (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۵۱؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۵۸۲). بنابراین، مراعات معروف به این معنی است که انسان برخلاف عقل و شرع کاری نکند. این اصل از دو آیه در قرآن کریم استفاده می‌شود. یک، «چون زنان را طلاق دادید و آنان به پایان عده نزدیک شدند، یا رجوع کنید و با آنها مطابق معروف رفتار کنید و یا مطابق معروف ایشان را روانه کنید» (بقره: ۲۳۱).

دو، «پس چون عده آنان به سر رسید، طبق معروف نگاهشان دارید، یا طبق معروف از آنان جدا شوید» (طلاق: ۲).

مراد از اجل، پایان عده است و مراد از بلوغ، نزدیک شدن است (واحدی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۷۱). ماده امساک - به معنی نگهداری - کنایه از رجوع است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۵۸۲) و منظور از تسریح (روانه کردن) خودداری از رجوع (همان). در این آیه مراد از معروف این است که مطابق حکم خدا با او رفتار کند (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۵۱).

۴-۳-۲- حفظ مسالمت و دوستی

طلاق در صورتی در مسیر کمال انسان است که در بستری از مسالمت و دوستی اتفاق بیفتد. در غیر این صورت زن و مرد از تشنج و تنش داخل زندگی زناشویی به تشنج و درگیری دیگری منتقل می‌شوند و طلاق اگر موجب انحطاط نشود، به پیشرفت و کمال ایشان هم کمکی نمی‌کند. قرآن کریم برای حفظ مسالمت در ضمن طلاق و دوران جدایی دو راهکار ارائه فرموده است: نخست خودداری از پس گرفتن مهریه و دیگر بهره‌مند ساختن زن مطلقه.

الف- پس نگرفتن مهریه

در فرهنگ اسلامی مفروض این است که هنگام ازدواج، مهریه پرداخت شده؛ بنابراین تنها انتقالی که برای مهریه در آن هنگام تصور می‌شود پس گرفتن آن از زن است. قرآن کریم پس گرفتن مهریه را نهی و نکوهش کرده، می‌فرماید: «برای شما حلال نیست از آنچه به آن‌ها داده‌اید چیزی پس بگیرید» (بقره: ۲۲۹).

در آیه ۴ سوره نساء نیز می‌فرماید: «و مهر زنان را به‌عنوان هدیه‌ای از روی طیب خاطر به ایشان بدهید و اگر به میل خودشان چیزی از آن را به شما واگذاشتند، آن را حلال و گوارا بخورید» (نساء: ۴). این آیه خطاب به شوهران است (ثعلبی، ۱۴۲۲، ج ۳: ۲۴۹) که به آن‌ها اجازه می‌دهد در صورتی که زن بدون هیچ اکراهی و بدون هیچ خدعه و حيله‌ای مقداری از مهریه خود را پس

داد، آن را بگیرند و استفاده کنند (همان: ۲۵۰). از این جمله استفاده می‌شود که گرفتن مهریه زن با نقشه یا فشار روا نیست.

در آیه ۲۰ و ۲۱ سوره نساء نیز می‌فرماید: «و اگر خواستید به‌جای همسر خود همسری دیگر بگیرید و به یکی از آنان مال فراوانی داده بودید، چیزی از او پس مگیرید. آیا می‌خواهید آن را به بهتان و گناه آشکار بگیرید؟ و چگونه آن را می‌ستانید با آنکه از یکدیگر کام گرفته‌اید و آنان از شما پیمانی استوار گرفته‌اند؟» (نساء: ۲۰ و ۲۱). موضوع این آیه‌ی کریمه زنی است که شوهرش جایگزینی برایش انتخاب کرده و می‌خواهد طلاقش دهد؛ ولی احکامش مخصوص این موضوع نیست و زنانی را هم که همسرشان جایگزینی برای آن‌ها نگرفته، شامل می‌شود (طبرسی، ۱۳۷۲ق، ج ۳: ۴۲). این آیه‌ی کریمه حامل یک حکم فقهی است که با چهار توصیه احاطه شده است. حکم فقهی عبارت است از حرمت باز پس گرفتن تمام یا بخشی از مهریه. توصیه‌های اخلاقی که در جملات دیگر آیه با فنون بیانی گوناگون بر اهمیت آن‌ها تأکید شده، همه ناظر به لوازم بازپس‌گیری مهریه است.

۴۱

اول: آن که پس گرفتن مهریه بدون یک دروغ‌سازی امکان ندارد. واژه بهتان چون به معنی نسبت ناروا و دروغ به کار می‌رود (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۳۴۵). در این ترکیب کارکرد دوسویه‌ای دارد. از جهتی ممکن است به این معنی باشد که شما برای گرفتن مال از ایشان باید مجوزی بسازید و آن مجوز تنها آلودگی زن به فعل فاحشه است. چون می‌فرماید: «و آنان را زیر فشار مگذارید تا بخشی از آنچه را به آنان داده‌اید از چنگشان به در برید، مگر آنکه مرتکب زشت‌کاری آشکاری شوند» (نساء: ۱۹)، پس مجبور می‌شوید برای او بهتانی بسازید و نسبت ناروایی بدهید. از جهتی ممکن است به این معنی باشد که پس گرفتن مهریه متوقف بر این است که به‌دروغ، بگوئید این مال مهریه نبوده و به او تملیک نکرده‌ام؛ چون اگر مالی را به‌عنوان مهریه به زن تملیک کرده باشید، پس گرفتنش ممکن نیست. بر این اساس مفاد این جمله «تأخذونه بهتانا» این است که برای گرفتن بخشی از مهریه راهی جز تهمت زدن و دروغ گفتن ندارید.

دوم: این که پس گرفتن مهریه حتی اگر مستلزم هیچ رفتار خلاف اخلاقی نباشد، به‌خودی‌خود نافرمانی پروردگار است «تأخذونه ... إثمنا مینا».

سوم: این که بازپس‌گیری مهریه مستلزم فراموش کردن همه اوقات خوشی است که دو همسر در طول زندگی مشترک باهم داشته‌اند. «کیف تاخذونه و قد افضی بعضکم الی بعض» این مفهوم مساوق حق ناشناسی و کفران است که از رذایل بسیار زشت و ناپسند شمرده می‌شود.

چهارم: این که پس گرفتن مهریه مستلزم عهدشکنی است. «واخذن منکم میثاقاً غلیظاً» منظور از میثاق در این جمله هر چه باشد (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۳: ۱۵۳) به یک پیمان اشاره می‌کند، پیمانی که بر طبق آن مرد حق ندارد چیزی از مهریه را پس بگیرد. حاصل این که قرآن کریم بازپس‌گیری مهریه را نهی کرده و به این وسیله یکی از ابواب پیدایش دشمنی را بسته است.

ب- بهره‌رسانی (متعہ)

یکی از راه‌های پیشگیری از خصومت این است که مرد بیش از حق زن چیزی به او بدهد. قرآن کریم می‌فرماید: «به آن‌ها بهره‌ای برسانید؛ بهره‌ای عرفی، توانگر به اندازه توان خود و تنگدست به اندازه توان خود» (بقره: ۲۳۶). منظور از متعه در این آیه مالی است که مرد پس از طلاق به همسر مطلقه خود هدیه می‌دهد (سبحانی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۴۵۲؛ محمد قلجی، ۱۴۰۸، ق: ۴۰۳).

فقها درباره وجوب و استحباب متعه در اقسام مختلف طلاق اختلافاتی دارند که به بحث ما مربوط نیست، چون اخلاق به جلب محبت این رفتار و تأثیر آن در کمال انسان نظر دارد و از این جهت تفاوتی بین واجب و مستحب نیست. کارکرد متعه در هر صورت دل به دست آوردن است.

۴-۳-۳- مسابقه نیکی (احسان)

یکی از رفتارهایی که طلاق را به حرکت کمالی تبدیل می‌کند، تلاش متقابل زوجین برای نیکی به طرف مقابل است. در باب طلاقِ زنانی که مهریه تعیین شده دارند و پیش از مباشرت، طلاق داده می‌شوند، می‌فرماید: نصف مهر تعیین شده را به ایشان بدهید «إلا أن یعفون أو یعفوا ألدی بیده عقدة النکاح و أن تعفوا أقرب للتقوی و لا تنسوا الفضل بینکم؛ مگر این که زن یا آنکه اختیار عقد را دارد چیزی ببخشد؛ و بخشیدن به تقوی نزدیک‌تر است و برتری در روابط را فراموش نکنید» (بقره: ۲۳۷). این آیه‌ی کریمه دارای چند بخش شامل: یک حکم شرعی، دو استثنا، یک تبیین در حوزه خصلت‌ها، یک توصیه و یک تبیین در حوزه اعتقادات. از این موارد تنها عنصر اول فقهی محض است. سایر عناصر یا اخلاقی‌اند و یا به نوعی با اخلاق ارتباط دارند. چیزی که در این بحث مورد توجه است این که این آیه در صدد ایجاد زمینه‌ای برای مسابقه‌ی نیکی کردن است. نخست با ایراد دو استثنا بر حکم فقهی، بخشیدن را به مثابه اتفاقی که می‌تواند در حال طلاق بیفتد، در معرض توجه مخاطبان قرار داده است. تفصیل در استثنا این فایده را دارد که هیچ‌یک از زن و مرد گمان نکنند این حکم به طرف دیگر اختصاص دارد. پس از تنبیه مخاطب به امکان رفتاری که در فضای حاکم بر طلاق معمولاً مغفول می‌ماند، تحریک روانی ویژه‌ای را درباره بخشیدن آغاز کرده که تا پایان سخن رو به تزاید است و با هر گزاره مخاطب را مشتاق‌تر می‌کند. این فرایند در سه مرحله صورت گرفته

است: یک. تبیین رابطه عفو و تقوی و این که بخشیدن در این مقام نه ناشی از ضعف و ذلت بلکه مصداق بالاترین صفت بندگی یعنی تقوی است: «وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى». دوم توصیه به برتری جویی و پیشی طلبی در احسان و نیکی «وَلَا تَسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» فضل را در این جمله می توان به زیادی یا برتری معنی کرد. در صورت اول جمله به این معنی است که فراموش نکنید که در روابط فی مابین همیشه بهتر است بیش از حق طرف مقابل بدهید و کمتر از حق خود بگیرید. این معنی با سفارش هایی که در باب بیع و امثال آن وارد شده پشتیبانی می شود. مثل روایتی که عیاشی از امام باقر (ع) از رسول خدا (ص) در ذیل این آیه نقل کرده است: «مردم زمانی را خواهند دید که بسیار سخت گیر است. هر کس آنچه را دارد با دندان نگه می دارد و اضافه دادن به همدیگر را فراموش می کنند؛ خداوند می فرماید: و لَا تَسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» عیاشی، ۱۳۸۰ ق، ج ۱: ۱۲۷). در صورت دوم جمله به این معنی است که فراموش نکنید که هر کس باید تلاش کند خود را به مقطع بالاتری از کمال برساند. این معنی با نصوصی که مخاطب را به تلاش برای کسب مقام بالاتر تشویق می کنند، پشتیبانی می شود. از جمله رسول خدا (ص) می فرماید: «لَيْدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى»: دست بالایی از دست پایینی بهتر است» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۲: ۵۶). دست بالایی دستی است که می دهد و دست پایینی دستی است که می گیرد (شریف الرضی، ۱۳۸۰ ق: ۵۰). بر اساس آنچه گذشت منظور اصلی این جمله در این مقام این است که زن و مرد بر اجرای قانون و دریافت کامل حق خود اصرار نورزند (طبرسی، ۱۳۷۲ ق، ج ۲: ۵۹۸). بلکه تلاش کنند رفتاری انسانی از خود نشان دهند؛ به این صورت که کمتر از حق خود بگیرند و بیش از حق طرف مقابل بدهند. اگر زن همه مهریه را تحویل گرفته و موظف است نصف آن را برگرداند بیش از نصف بدهد و مرد همان نصفی را هم که می تواند بگیرد، نگیرد (ثعلبی، ۱۴۲۲ ق، ج ۲: ۱۹۴).

۴-۴- فرایند طلاق

موضوع سخن در این گفتار نه طلاق رجعی و نه طلاق بائن، بلکه عنوان عام طلاق است که شامل هر دو قسم می شود. از این منظر، طلاق یا خودش بستر کمال زوجین است یا می تواند آن ها را به بستر کمالشان (زندگی مشترک) برگرداند. طلاق در صورتی بستر کمال است که در فرایندی با سه مرحله مراعات وقت، اشهداد و تمتیع اتفاق بیفتد. در ادامه درباره این سه عنصر بحث می کنیم.

۴-۴-۱- مراعات وقت

یکی از مراحل فرایند طلاق مراعات وقت است، از منظر قرآن کریم طلاق در حالت خاصی نافذ است. می فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدْتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ: ای پیامبر،

چون زنان را طلاق گویند، در عده [وقت مقرر] آنان طلاقشان گویند و حساب آن عده را نگه دارید» (طلاق: ۱). حرف «ل» در «لعدتهن» برای تعیین وقت است (بیضاوی، ۱۴۱۸ ق، ج ۵: ۲۲۰) و منظور از وقت مقرر (عده) در این کریمه حالت طهارت از حیض است که در آن نزدیکی و مباشرتی صورت نگرفته باشد (طوسی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۰: ۳۰؛ سمرقندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۳: ۴۶۰؛ بیضاوی، ۱۴۱۸ ق، ج ۵: ۲۲۰). بنابراین، طلاق در غیر این حالت بر مبنای فقه اهل سنت، اگر چه نافذ، حرام و بدعت است (سمرقندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۳: ۴۶۰) و بر مبنای فقه امامی باطل است؛ به این دلیل که اگر در حال حیض طلاقش دهد، برخلاف امر رفتار کرده و رفتارش مورد نهی است و نهی، بر فساد دلالت دارد (طوسی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۰: ۳۰). این وقت مقرر در پاره‌ای از روایات حد طلاق نامیده شده است. امیرالمؤمنین (ع) می‌فرماید: «اگر مردم حد طلاق را مراعات کنند هیچ‌کس از طلاق دادن زنش پیشیمان نمی‌شود، چون همسرش یا باردار است و بارداریش آشکار یا ظاهر است و با او مباشرت نکرده است. آنگاه اگر خواست پیش از پایان عده‌اش او را برمی‌گرداند و اگر خواست رهايش می‌کند تا برود» (ابن ابی‌شیبۀ، ۱۴۰۹ ق، ج ۴: ۳). به نظر می‌رسد منظور این حدیث شریف این است که اگر در غیر این دو صورت طلاق دهد و زن پس از طلاق ادعای حاملگی کند، مرد دچار حیرت می‌شود؛ چون به یقین نمی‌داند آن حمل از خود اوست. چیزی که این حکم فقهی را به سلوک اخلاقی و حرکت کمالی پیوند می‌زند، این است که قرآن کریم آن را از مصادیق تقوی شمرده است. می‌فرماید: «و اتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ» مفسران نوشته‌اند منظور از مراعات تقوی در این فقره مراعات وقت طلاق است (سمرقندی، ۱۴۱۶، ۳: ۴۶۰).

۴۴

عنصر مراعات وقت علاوه بر همه کارکردهایی که ممکن است داشته باشد، سمت بازدارندگی هم دارد؛ چون زن و مرد تا این موقعیت خاص (حالت طهارتی که در آن آمیزش نکرده باشند) در شرایط مختلف، از سه روز تا یک ماه فاصله‌دارند. این فاصله برای کنترل عواطف و بازنگری در تصمیم طلاق که ممکن است در شرایط نامتعادلی گرفته شده باشد، فرصت بسیار خوبی است.

۴-۲-۴-۴- اشهاد

یکی از مراحل طلاق در بستر اجرا اشهاد است. قرآن کریم می‌فرماید: «و أشهدوا ذوی عدل منکم (طلاق: ۲) و دو مسلمان عادل را به شهادت طلبید». موضوع سخن در اینجا قید اشهاد است. این قید می‌تواند ناظر به هر دو حکم پیش از خود (طلاق و رجوع) باشد (ثعلبی، ۱۴۲۲ ق، ج ۹: ۳۳۵)، می‌تواند نزدیک‌ترین حکم (رجوع) را محدود کند (جصاص، ۱۴۰۵ ق، ج ۵: ۳۵۰) و می‌تواند موضوع اصلی (طلاق) را مقید کند (طوسی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۰: ۳۲). فقها و مفسران امامیه قول سوم

را پذیرفته‌اند؛ چون امر، در وجوب ظهور دارد و حمل هر لفظی بر ظاهرش نسبت به محمل‌های دیگر اولویت دارد و اشهاد تنها در صورتی واجب است که قید طلاق باشد. در این صورت طلاق مشروط به اشهاد و انجامش مشکل‌تر می‌شود (طوسی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۰: ۳۲؛ طبرسی، ۱۳۷۲ ق، ج ۱۰: ۴۶۰؛ سمرقندی، ۱۴۱۶، ج ۳: ۴۶۱). مقتضای حکمت و مذاق شریعت نیز این است که طلاق مقید باشد نه رجوع. تقیید طلاق به اشهاد موجب می‌شود که مرد اولاً از هنگام تصمیم تا اجرای صیغه مهلتی برای فکر کردن پیدا کند و در صورتی که تحت تأثیر عواطف و هیجانات تصمیم گرفته، از تصمیم خود برگردد. ثانیاً مجبور باشد حداقل دو نفر از اهل ایمان را باخبر کند؛ بسا که از علنی شدن تصمیم خود شرم کند یا حضور شهود با پند و موعظه و مشورت و شفاعت مقرون شود و طلاق اتفاق نیفتد. در صورتی که با وجود این همه مانع، مرد از تصمیم خود برنگردد، به احتمال قوی درباره طلاق تصمیمی پخته و عاقلانه گرفته و در این صورت است که طلاق بستر کمال است. بر این اساس اشهاد نیز همانند مراعات وقت سمت بازدارندگی دارد.

۴-۳- تمتع و اجرای صیغه

آخرین مرحله فرایند طلاق اجرای صیغه است؛ ولی پیش‌از این خواندیم که بر مرد به حسب موارد واجب یا مستحب است در هنگام طلاق همسرش را تمتع کند یعنی بهره‌ای به او برساند. این عنصر نیز مانند عناصر پیشین علاوه بر همه کارکردها می‌تواند انگیزه‌های طلاق را در طرفین تضعیف کند.

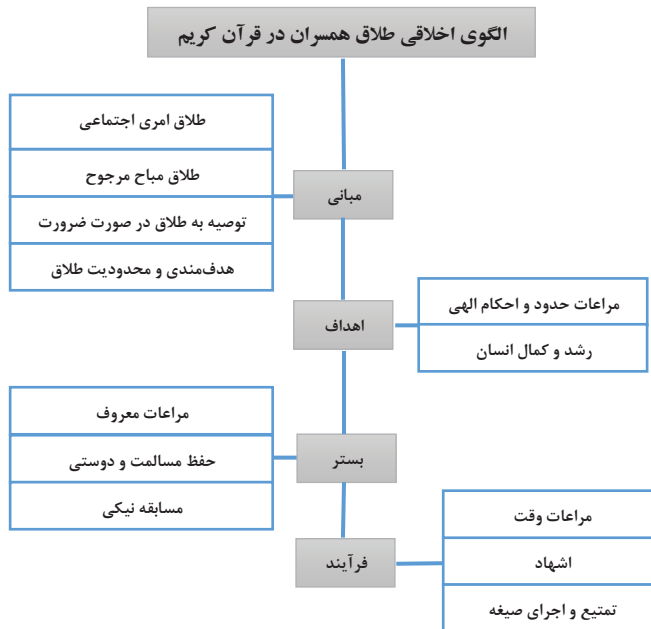
بحث و نتیجه‌گیری

طلاق در صورتی اخلاقی است و توصیه می‌شود که زندگی خانوادگی کارکرد خود را از دست داده باشد و نتواند انسان را در مسیر کمال حرکت دهد. در این صورت طلاق می‌تواند زن یا مرد را از چنین محیطی نجات دهد تا در فضایی دیگر به بندگی خدا و طی طریق رشد و کمال بپردازد. پس طلاق همانند ازدواج می‌تواند انسان را در مسیر کمال یاری برساند به این شرط که:

۱. دور از هیجانات زودگذر، به استناد فکر و تدبر و باهدف پیدا کردن فرصتی برای حرکت کمالی انتخاب شود.

۲. کنشگر به آثار اجتماعی آن توجه داشته و معتقد باشد طلاق اگرچه جایز، مرجوح و بلکه مبغوض است؛ باین حال اگر در فرایندی صحیح انتخاب‌شده، باید با قاطعیت و اعتماد به خدا صورت پذیرد؛ و چون امری هدفمند است، در صورتی که بتوان اهداف آن را در زندگی مشترک به دست آورد، باید نقض شود و به همین دلیل به صورت نامحدود قابل تکرار نیست.

۳. در بستر مراعات عرف، تلاش برای حفظ مسالمت و احسان به طرف مقابل رخ دهد.
۴. در فرایندی مرکب از سه مرحله مراعات وقت، اشهاد و تمتیع اتفاق بیفتد.
- این الگو را می‌توان در شکل ذیل نمایش داد:



شکل ۱: الگوی اخلاقی طلاق همسران در قرآن کریم

چنانکه ملاحظه می‌شود بر اساس الگوی اخلاقی ارائه شده در پژوهش، طلاق همسران از منظر قرآن کریم متشکل از چهار جزء اصلی شامل: مبانی، اهداف، بستر و فرایند است. بر اساس این الگو اهداف از دو جزء همبسته مراعات حدود الهی، رشد و کمال انسانی تشکیل شده است. همچنین مبانی الگوی طلاق نیز از به هم پیوستن آگاهی از وجهه اجتماعی طلاق، جواز و مرجوحیت طلاق در شرایط عادی، حکم خاص مقرون به توصیه به هنگام ضرورت و هدف‌مندی و محدودیت طلاق تشکیل شده است. بسترهای طلاق نیز از منظر این الگو شامل مراعات معروف و تلاش برای حفظ مسالمت و مسابقه احسان است و در نهایت این فرایند بر ساخته از مراعات وقت، اشهاد و تمتیع است. بر اساس یافته‌های به دست آمده از این پژوهش حرکت بر اساس این الگو می‌تواند طلاق را که موجب خرابی زندگی مادی و معنوی انسان است، به پدیده‌ای در راستای کمال انسان تبدیل کند.

منابع

- ◀ آفاجانی، زهرا، جهانگیر جهانگیری و عبدالعلی لهسایی زاده، (۱۳۹۶). فرایند برساخت هویت زنان در جریان طلاق: بازاندیشی در تقدس خانواده و قبح طلاق، توسعه اجتماعی، د ۱۱، ش ۳.
- ◀ ابن ابی شیبیه الکوفی، ابراهیم بن عثمان، (۱۴۰۹ ق). المصنف، تحقیق و تعلیق سعید اللحام، اول، بیروت: دار الفکر للطباعة.
- ◀ ابن ابی حاتم، عبدالرحمن بن محمد، (۱۴۱۹ ق). تفسیر القرآن العظیم، تحقیق اسعد محمد طیب، سوم، ریاض: مکتبه نزار مصطفی الباز.
- ◀ ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۳ ق). من لایحضره الفقیه، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ◀ ابن عاشور، محمد طاهر بن محمد، (۱۴۲۰ ق). التحریر و التنویر، اول: بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.
- ◀ ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا، (۱۴۰۴ ق). معجم اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، مکتبه الإعلام الإسلامی: بی جا.
- ◀ ابن قدامه، عبدالله، المعنی، بیروت: دار الکتب العربی، بی تا.
- ◀ احمدیه، مریم و محمود حکمت نیا، (۱۳۹۸). بررسی لزوم شرط معروف و احسان در حکم طلاق، مطالعات زن و خانواده، د ۷، ش ۲.
- ◀ الامام الشافعی، (۱۴۰۳ ق). الام، دار الفکر: بی جا.
- ◀ انوری، حسن، (۱۳۸۱). فرهنگ بزرگ سخن، تهران: انتشارات سخن.
- ◀ بریجانیان، ماری، (۱۳۸۱). فرهنگ اصطلاحات فلسفه و علوم اجتماعی، ویراست بهاء الدین خرمشاهی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- ◀ بهوتی، منصور بن یونس، (۱۴۱۸ ق). کشف القناع، تحقیق کمال عبدالعظیم العنانی و محمد حسن اسماعیل الشافعی، اول، بیروت: منشورات محمد علی بیضون و دار الکتب العلمیه.
- ◀ بیابانگرد، اسماعیل، (۱۳۸۹). روش های تحقیق در روان شناسی و علوم تربیتی، پنجم، تهران: نشر دوران.
- ◀ بیضاوی، عبدالله بن عمر، (۱۴۱۸ ق). أنوار التنزیل و أسرار التأویل، تحقیق محمد عبدالرحمن مرعشلی، اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ ثعلبی، احمد بن محمد، (۱۴۲۲ ق). الکشف و البیان المعروف تفسیر الثعلبی، تحقیق ابن عاشور، ابی محمد و ساعدی، نظیر، اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ جصاص، احمد بن علی، (۱۴۰۵ ق). احکام القرآن، تحقیق محمد صادق قمحوی، اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ حائری طهرانی، میر سید علی، (۱۳۳۷ ق). تفسیر مقتنیات الدرر، طهران: دار الکتب الإسلامیه.

- ◀ حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعة*، قم: تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- ◀ داوودی، احمدرضا، (۱۳۸۹). *اخلاق طلاق*، راسخون:
- (<https://www.google.com>)
- ◀ دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷). *لغت نامه فارسی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ◀ رضایی، مریم، (۱۳۸۳). *مبغوضیت طلاق در اسلام*، رواق اندیشه، ش ۳۰.
- ◀ زمخشری، محمود بن عمر، (۱۴۰۷ ق). *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الأقاویل فی وجوه التأویل*، تصحیح حسین احمد، مصطفی، سوم، بیروت: دار الکتب العربی.
- ◀ سیحانی، جعفر، (۱۳۸۱ ق). *الانصاف فی مسائل دام فیها الخلاف*، اول، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
- ◀ سرخسی، شمس الدین، (۱۴۰۶ ق). *مبسوط*، بیروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزیع.
- ◀ سمرقندی، نصرین محمد، (۱۴۱۶ ق). *بحرالعلوم*، تحقیق عمر عمروی، اول، بیروت: دار الفکر.
- ◀ شایان مهر، علیرضا، (۱۳۷۷). *دائرة المعارف تطبیقی علوم اجتماعی*، کتاب اول، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
- ◀ شریف الرضی، محمد بن حسین، (۱۳۸۰ ق). *المجازات النبویة*، تحقیق مهدی هوشمند، قم: دار الحدیث.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲ ق). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تصحیح فضل الله یزدی طباطبایی و هاشم رسولی، سوم، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- ◀ شیردل، الهام و مریم محمدی، (۱۳۹۹). «مطالعه‌ی کیفی منسجم نبودن خانواده و تکرار جرم در زندانیان زن سابقه‌دار»، *مطالعات راهبردی زنان*، د ۲۳، ش ۸۹.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۷۸ ق). *مبسوط*، تصحیح و تعلیق محمد تقی الکشفی، المكتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریة.
- ◀ _____ (۱۴۰۹ ق). *التبیان فی تفسیر القرآن*، تحقیق حمد حبیب العاملی، تقدیم شیخ آغا بزرگ طهرانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ عبداللهی، اصغر، احدی، حسن، تاجری، بیوک و کبری حاج علیزاده، (۱۳۹۹). «تجربه‌ی طلاق از منظر زوجین مطلقه در شهر تهران در پنج سال اول زندگی»، *مطالعات راهبردی زنان*، د ۲۳، ش ۸۹.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۷۵). *فرهنگ فارسی عمید*، ششم، تهران: امیرکبیر.
- ◀ عیاشی، محمد بن مسعود، (۱۳۸۰ ق). *تفسیر عیاشی*، تحقیق هاشم رسولی، اول، تهران: مكتبة العلمیة الاسلامیة.
- ◀ فخر رازی، محمد بن عمر، *مفاتیح الغیب*، دوم، طهران: دارالکتب العلمیة، بی تا.
- ◀ فرامرز قراملکی، احد، (۱۳۸۳). *خاستگاه اخلاق پژوهش*، آینه میراث، دوره جدید، ش ۲۷.

- ◀ فراهیدی، خلیل، (۱۴۱۰ ق). العین، مهدی المخزومی و ابراهیم السامرائی، دوم، مؤسسه دار الهجرة: بی جا.
- ◀ فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، (۱۴۱۸ ق). النخبة فی الحکمة العملية والأحكام الشرعية، مهدی انصاری قمی، دوم، قم: مرکز الطباعة والنشر لمنظمة الإعلام الإسلامی.
- ◀ قرطبی، محمد بن احمد، (۱۳۶۴ ق). الجامع لاحکام القرآن، اول، تهران: ناصر خسرو.
- ◀ قزوینی، محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، تحقیق تعلیق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بی تا بی جا.
- ◀ قلنجی، محمد، (۱۴۰۸ ق). معجم لغة الفقهاء، دوم، بیروت: دار الفوائد.
- ◀ قنبرپور، بهنام، (۱۳۹۸). بررسی گزاره‌های فقهی و حقوقی متأثر از اخلاق در باب نکاح و طلاق، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، د ۱۵، ش ۵۶.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷ ق). کافی، تحقیق غفاری علی اکبر و آخوندی، محمد، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- ◀ گرجی، فهیمه و مجید معرف، (۱۳۹۹). جهت‌گیری اخلاقی آیات طلاق در قرآن، پژوهش دینی، ش ۲۸.
- ◀ محمدی، مسلم و حمیده شورگشتی، (۱۳۹۸). رابطه‌ی اخلاق و فقه در آیات طلاق، سراج منیر، س ۱۰، ش ۳۴.
- ◀ مدرسی، محمد تقی، (۱۴۱۹ ق). من هدی القرآن، اول، تهران: دار محبی الحسین.
- ◀ مرداوی، علی بن سلیمان، (۱۴۰۶ ق). الانصاف، تحقیق محمد حامد الفقی، دوم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ◀ مشیری، مهشید، (۱۳۸۸). فرهنگ زبان فارسی، پنجم، تهران: سروش.
- ◀ مصطفوی، حسن، (۱۳۶۸). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ◀ معین، محمد، (۱۳۷۶). فرهنگ فارسی، یازدهم، تهران: امیرکبیر.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۹). اخلاق در قرآن، پنجم، قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب (ع).
- ◀ نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۵ ق). جواهر الکلام، تحقیق وتعلیق: الشیخ عباس القوچانی، دوم، طهران: دار الکتب الإسلامیة.
- ◀ واحدی، علی بن احمد، (۱۴۱۵ ق). الوجیز فی تفسیر الکتاب العزیز، تحقیق صفوان عدنان داوودی، اول، بیروت: دار القلم.
- ◀ _____ (۱۴۱۶ ق). الوسيط فی تفسیر القرآن المجید، تحقیق زفیتی، محمد حسن ابوالعزم، جمهوریة مصر العربیة، قاهره: وزارة الاوقاف، المجلس الاعلی للشئون الاسلامیة، لجنة احياء التراث الاسلامی.

زنان و حق بر تأمین اجتماعی با تأکید بر قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران

راحله سادات حسینی*، محمد جواد جاوید**

سید محمد حسینی***، بابک درویشی****

چکیده

به استناد اصل بیست و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دولت وظیفه دارد حقوق زنان در تمام جهات «به‌طور خاص» را تضمین نماید و به استناد اصل بیست و نهم قانون اساسی، دولت بر ارائه خدمات و حمایت‌های تأمین اجتماعی به‌صورت بیمه برای همگان «به‌طور عام» تکلیف دارد و در راستای پیوستن ایران به مقاله‌نامه شماره ۱۰۲ (کنوانسیون ۱۹۵۲ تأمین اجتماعی) نیز دولت مکلف به اجرای حق بر تأمین اجتماعی برای یکایک مردم خصوصاً زنان است. لذا این پژوهش با هدف بررسی تکالیف دولت در تأمین مطالبات زنان و اجرای حق زنان بر تأمین اجتماعی به استناد قانون اساسی با استفاده از روش اسنادی و کتابخانه‌ای با تأکید بر اصول مرتبط در قانون اساسی به بررسی سایر قوانین و مقررات و کنوانسیون‌های حقوق بشری مرتبط با موضوع نیز پرداخته است. تحلیل و نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد که حاکمیت قانون در راستای برخورداری زنان از کرامت انسانی و حق بر تأمین اجتماعی بر اساس قانون اساسی و با در نظر گرفتن سپهر حقوق بشری، می‌تواند زمینه‌ساز رفع فقر و ایجاد رفاه برای زنان در ایران باشد.

واژگان کلیدی

تأمین اجتماعی، حمایت اجتماعی، قانون اساسی، مطالبات زنان.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد، واحد تهران جنوب، تهران، ایران (نویسنده‌ی مسئول)

(st_r_hosseiney@azad.ac.ir)

** استناد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (jjavid@ut.ac.ir).

*** دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران،

ایران (drsmh285@yahoo.com).

**** استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران،

ایران (babakdarvishi@yahoo.fr).

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۱۱

۱- مقدمه و بیان مسئله

بهترین شاخص برای تعیین میزان مدنیت در هر جامعه‌ی در حال توسعه یا توسعه یافته، میزان نقش حاکمیت در تصویب و اجرای قوانین اقتصادی و حمایتی برای زنان آن جامعه است. زیرا که نیمی از جمعیت هر جامعه‌ای را زنان تشکیل می‌دهند و نحوه رفتار با این جمعیت انسانی بیانگر نوع نگاه حکام و تفکر جاری در آن حاکمیت است.

در این پژوهش اصل ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸، قانون تأمین اجتماعی مصوب سال ۱۳۵۴، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب سال ۱۳۸۳، مواد ۲۲ و ۳۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ مورد استناد واقع شده‌اند (International Covenant On Economic, 1966).

در تمامی این اسناد و قوانین، دولت‌ها بر تصویب و اجرای قوانین حمایتی در جهت توجه به زنان، خصوصاً در شرایط سخت مکلف می‌باشند. بر این اساس مهم‌ترین چالش این پژوهش رویکرد حاکمیت در تأمین مطالبات زنان و اجرای حق بر تأمین اجتماعی به استناد اصول قانون اساسی و اسناد بین‌المللی است و ضرورت انجام این پژوهش از این رو قابل تأمل است که تکالیف و وظایف حاکمیت در راستای برآورده کردن مطالبات زنان و حق بر تأمین اجتماعی آنها می‌تواند به جامعه‌ای توسعه یافته فارغ از فقر و نیاز مادی و مبتنی بر ارزش کرامت انسانی، حامی زنان آسیب دیده و سالخورده و فارغ از هر نوع تبعیض منجر شود (Declaration of Philadelphia 1944). لذا در این پژوهش به بررسی نقش حاکمیت (قانون‌گذار) در اجرای صحیح قوانین و مقررات موجود در راستای رهنمودهای کنوانسیون‌های بین‌المللی و نقش عملکرد حاکمیت (قانون‌گذار) در تنظیم و تصویب قوانین جدید در اجرای توسعه پایدار ناظر بر اهداف بلندمدت فقرزدایی و ایجاد رفاه برای زنان پرداختیم.

بر این اساس هدف اصلی این مقاله بررسی حدود وظایف و تکالیف دولت در تأمین مطالبات زنان و اجرای حق بر تأمین اجتماعی به استناد قانون اساسی است که دستیابی به آن مستلزم پاسخگویی به سؤالات فرعی همچون چیستی نقش حاکمیت در تأمین و حفظ کرامت انسانی و نحوه‌ی اجرای حمایت‌های اجتماعی از زنان به استناد قانون اساسی و اسناد بین‌المللی است. بر این اساس پژوهش حاضر در نظر دارد باهدف بررسی جایگاه حاکمیت در حفظ کرامت انسانی زنان شاغل، حمایت‌های اجتماعی از زنان با استناد به اصل ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی و تبعیض مثبت

نسبت به زنان در اسناد داخلی و بین‌المللی به بررسی محتوایی و کاربردی قانون اساسی، قانون کار، قانون تأمین اجتماعی و کنوانسیون‌های بین‌المللی با استفاده از روش اسنادی و کتابخانه‌ای پردازد.

۲- پیشینه‌ی پژوهش

تاکنون پژوهش‌های زیادی در حوزه زنان و تأمین اجتماعی و زنان و حقوق کار انجام شده است، که در ادامه مروری بر پژوهش‌های مرتبط با موضوع پژوهش انجام شده است.

رضایی در پژوهشی با عنوان «در مسیر ارتقاء حقوق زنان و اعمال تبعیض روا» با نگاهی به قانون کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص به بررسی تبعیض در حقوق کار زنان پرداخته است. نتایج پژوهش در حوزه‌های مختلف مفید است اما ناظر به بعد حقوقی در قانون اساسی نیست (رضایی، ۱۳۹۵).

جاوید و همکاران در پژوهشی با عنوان «تبعیض مثبت به نفع زنان با تأکید بر حقوق شهروندی» به تحلیل زمینه‌های تبعیض مثبت به نفع زنان پرداخته‌اند و معتقدند که باید تبعیض مثبتی بر حمایت از حقوق زنان باشد. از این منظر تبعیض مثبت مبتنی بر طبیعت و شخصیت زنانه ضامن حقوق شهروندی زنان در محیط کار و جامعه خواهد بود (جاوید و همکاران، ۱۳۹۳).

مومنی‌راد و بهبودی کلهری در پژوهشی به بررسی «تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران» پرداخته‌اند. محققین در این پژوهش با تبیین و شناخت مفهوم تبعیض مثبت و آشنایی با عناصر سازنده تبعیض مثبت درصدد ارزیابی تأثیر تبعیض مثبت بر حق اشتغال زنان و جایگاه آن در مقررات اشتغال در حقوق ایران می‌باشند (مومنی‌راد و بهبودی کلهری، ۱۳۹۶).

افتاده و واثقی نیز در پژوهشی به بررسی اهداف و آرمان‌های قانونی تأمین اجتماعی به صورت خاص با عنایت به قانون تأمین اجتماعی ایران و سایر قوانین مربوط به آن پرداخته‌اند (افتاده و واثقی، ۱۳۸۳).

با مروری بر پژوهش‌های صورت گرفته می‌توان گفت نوآوری این تحقیق نسبت به سایر پژوهش‌ها، نگاه خاص آن به اعمال حاکمیت در جایگاه قانون گزار و یا قانون‌گذار در مقوله توسعه‌ی و حمایت‌های رفاهی زنان است. پژوهش‌های صورت گرفته صرفاً به بررسی نیازمندی‌های زنان و یا بررسی آماری میزان رشد یا افول پدیده رفاه زنان پرداخته است و در هیچ‌یک به جایگاه خاص حاکمیت با تحلیلی مبتنی بر قانون اساسی، حقوق موضوعه و اسناد بین‌المللی پرداخته نشده است. لازم به ذکر است در این پژوهش لفظ حاکمیت به دولت بازمی‌گردد.

۳- جایگاه حاکمیت در تبیین و حفظ کرامت انسانی زنان شاغل

در جامعه رو به تغییر امروز، زنان به‌عنوان شهروند در پی دستیابی به عدالت فارغ از جنسیت می‌باشند. رشد روزافزون زنان فارغ‌التحصیل از دانشگاه‌ها نیازمند مدیریت خاص برای دستیابی به فرصت مناسب شغلی برای زنان است که در حال حاضر این موضوع یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های آنها است.

در راستای این دغدغه‌مندی زنان، برای رفع هرگونه مانع برای یافتن جایگاه شغلی مناسب خود اقدام به ابراز توان فیزیکی بالا به دور از واقعیت وجودی خود می‌کنند. در حالی که حساسیت‌های زیستی و فیزیکی زنان جزئی انکارناپذیر از وجود ایشان بوده و کتمان این امر توسط آنها نیاز به صرف توان و تلاش بیشتر دارد. کاری که امروزه اغلب زنان جامعه، برای اثبات توانایی‌های خویش و دستیابی به استقلال مادی انجام می‌دهند. اصرار زنان بر حضور در جامعه به‌عنوان زن شاغل در راستای استفاده از تخصص خود، ضمن اینکه ستودنی است مخاطراتی را برای آنها به همراه دارد. در این راستا قانون‌گذار که بر اساس نیازمندی‌های جامعه اقدام به تصویب قوانین می‌نماید طی پنجاه سال اخیر تحولات بسیاری در قوانین به‌منظور حمایت از زنان ایجاد کرده است، اما نحوه اجرای این قوانین و مقررات امر مهمی است که گاه خود مانعی بزرگ در برابر زنان شده است. یک زن در طول حیات زیستی خود به جهت شرایط جسمانی، تحولات و تغییرات بسیاری را تجربه می‌نماید شرایط سخت بلوغ در زنان، عادت ماهیانه، استمرار الزام به حفظ سلامت برای آمادگی بارداری، زایمان و شیردهی، پرورش فرزندان از یک‌سو و جایگاه زن در خانواده به‌عنوان همسر و مادر از دیگر سو، شرایط زندگی زنان را سخت‌تر از مردان نموده است. در این میان اشتغال و استفاده از توانایی‌ها و تخصص زنان بار مضاعفی است که زن امروز به‌واسطه مطالبه‌ی حقوق اجتماعی بر خود تحمیل نموده است. لذا در یک جامعه رو به رشد برای حفظ اعتلای کرامت انسانی زنان و عزت‌نفس ایشان، باید قوانین به نحوی تنظیم گردد که جمیع این مسائل به بهترین شکل قابل‌اعمال و اجرا باشد.

۳-۱- قوانین حمایتی در اشتغال زنان

در این پژوهش ابتدا لازم است میان مفهوم «اشتغال» در حوزه‌ی اقتصاد و مفهوم «کار» یا «فعالیت» تمایز قائل شویم. اشتغال به فعالیتی می‌گویند که به‌منظور تهیه و تولید کالا و خدمات اقتصادی انجام می‌شود. اشتغال در لغت به معنای به کار پرداختن و مشغول شدن و به‌عنوان یک واژه خاص به معنای کارهای بدنی، فکری، احساسی یا عاطفی است که انسان‌ها در زندگی

برای خود انتخاب کرده‌اند. شغل کاری است که در مقابل آن دستمزدی معین انجام می‌شود (مومنی‌راد و کلهری، ۱۳۹۶: ۴۳-۱۲). از سوی دیگر با توجه به تعاریف کار شایسته که^۱ (ILO) در سال‌های اخیر آن را به ادبیات بازار کار وارد کرده، این سازمان ترویج کار شایسته برای همه زنان و مردان را همه‌جا هدف اصلی خود قرار داده است و کشورها را برای استفاده از این مفهوم جامع برای اندازه‌گیری وضعیت بازار کار خود تشویق می‌کند. کار شایسته مفهومی چندبعدی است که علاوه بر کلیت اشتغال به کیفیت آن نیز می‌پردازد و در نتیجه نه تنها به کار بیشتر بلکه به کار بهتر نیز توجه دارد. عبارت «کار شایسته» را اولین بار دبیر کل ILO در سال ۱۹۹۹ مطرح کرد. وی کار شایسته را به‌عنوان «فرصت‌هایی برای زنان و مردان برای به‌دست آوردن و حفظ کار خوب و سودمند از لحاظ اقتصادی در شرایط آزادی، برابری، امنیت و حفظ شأن انسانی» تعریف کرد (هرندی و فلاح محسن خانی، ۱۳۹۸: ۱۲).

اما تعریفی که در این پژوهش مورد توجه است داشتن شغل مناسب است. در واقع «کار» ناشی از فعل شخص به منظور دریافت مزد و تأمین آتیه است. پس داشتن کار حقی از جمله حقوق بشری است، در حالی که «شغل» شأن اجتماعی فرد به‌واسطه داشتن کار است. در واقع کار صرفاً نیازهای مادی فرد را برآورده می‌نماید در حالی که شغل علاوه بر تأمین نیازهای مادی، نیازهای معنوی و روحی افراد را تأمین و از جمله حقوق شهروندی است. لذا حاکمیت می‌بایست در اجرای اصول ۲۰، ۲۸ و ۴۳ قانون اساسی داشتن شغل مناسب برای زنان را به‌عنوان یک شهروند مدنظر داشته و به‌صرف تأمین نیازهای اولیه به‌واسطه داشتن حداقل دستمزد و یا کمتر اکتفا ننماید.

در هر کشور برخی شغل‌ها به‌عنوان «کار زنانه» تعریف شده‌اند و معمولاً شغل‌هایی هستند که مردان از اجرای آنها سرباز می‌زنند و این شغل‌ها مزدی کم‌تر، مقامی نازل‌تر و امنیت شغلی پایین‌تری دارند. در کشورهای پیشرفته ۱۵ تا ۲۰ درصد کارگران بخش صنعت را زنان تشکیل می‌دهند و ۷۵ تا ۸۰ درصد از کارگران زن در مشاغل خدماتی از قبیل پرستاری، خدمتگزاری در خانه‌ها، تدارک غذا یا کارهای اجتماعی مشغول‌اند یعنی کارهایی که شرایط محسوسی به نقش‌های سخت زنانه دارند (مولوردی، ۱۳۸۱: ۵۱-۴۸). در ایران نیز زنان در مشاغل مختلف نقش بسیار مؤثری در اقتصاد و صنعت کشور ایفا می‌نمایند و به همین دلیل قانون اساسی و قانون کار تبعیض میان زن و مرد را ممنوع شناخته است. به‌طوری‌که ماده ۳۸ قانون کار تصریح می‌نماید، «کارفرما نمی‌تواند درازای کار یکسان، به زنان حقوقی کمتر از مردان بپردازد». همچنین قانون‌گذار

برای زنان کارگر یا مستخدم دولت مزایای خاصی قائل گردیده که پاره‌ای از آن‌ها در ادامه آمده است. انجام کارهای خطرناک، سخت و زیان‌آور و نیز حمل بار بیشتر از حد مجاز با دست و بدون استفاده از وسایل مکانیکی، برای کارگران زن ممنوع است (ماده ۷۵ قانون کار). مرخصی بارداری و زایمان کارگران زن جمعاً ۹۰ روز است. حتی‌الامکان ۴۵ روز از این مرخصی باید پس از زایمان مورد استفاده قرار گیرد. برای زایمان توأمان ۱۴ روزه مدت مرخصی اضافه می‌شود. تبصره ۱- پس از پایان مرخصی زایمان، کارگر زن به کار سابق خود بازمی‌گردد و این مدت با تأیید سازمان تأمین اجتماعی جزو سوابق خدمت وی محسوب می‌شود. تبصره ۲- حقوق ایام مرخصی زایمان طبق مقررات قانون تأمین اجتماعی پرداخت خواهد شد (ماده ۷۶ قانون کار). شایان ذکر است پس از تصویب قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده در سال ۹۲ مدت مرخصی زایمان مصرح در ماده ۷۶ قانون کار تغییر نموده به طوری که هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۶/۴/۱۳۹۲ به استناد تبصره (۲) ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده، مصوب ۱۳۹۲ تصویب نمود:

۱- مدت مرخصی زایمان (یک و دو قلو) زنان شاغل در بخش‌های دولتی و غیردولتی نه ماه تمام با پرداخت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط تعیین می‌شود. همسران افراد یادشده نیز از دو هفته مرخصی اجباری (تشویقی) برخوردار می‌شوند. در مواردی که به تشخیص پزشک سازمان تأمین اجتماعی، نوع کار برای کارگر باردار خطرناک یا سخت تشخیص داده شود، کارفرما تا پایان دوره بارداری وی، بدون کسر حق السعی کار مناسب‌تر و سبک‌تری به او ارجاع می‌نماید (ماده ۷۷ قانون کار). در کارگاه‌هایی که دارای کارگر زن هستند کارفرما مکلف است به مادران شیرده تا پایان دوسالگی کودک پس از هر سه ساعت، نیم ساعت فرصت شیر دادن بدهد. این فرصت جزو ساعات کار آنان محسوب می‌شود و همچنین کارفرما مکلف است متناسب با تعداد کودکان و با در نظر گرفتن گروه سنی آن‌ها مراکز مربوط به نگهداری کودکان (از قبیل شیرخوارگاه، مهدکودک و ...) را ایجاد نماید (ماده ۷۸ قانون کار).

در ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون ترویج تغذیه با شیر مادر نیز آمده بود که مادران می‌توانند حداکثر از یک ساعت مرخصی ساعتی در روز استفاده کنند و برحسب نیاز کودک، مرخصی مزبور را حداکثر در ۳ نوبت استفاده کنند، اما در اصلاحیه ماده ۶ آیین‌نامه که در سال ۸۳ به تصویب هیئت‌وزیران رسید، مدت مرخصی ساعتی برای مادران دارای فرزند دو قلو و بالاتر به میزان دو ساعت در نظر گرفته شده است.

لذا همان گونه که از متن قوانین فوق‌الذکر می‌توان دریافت، این قوانین همگی به شرایط خاص زنان در دوره باروری و زایمان توجه دارند و نوع نگاه قانون‌گذار به زنان شاغل، کمک به رفع ممانعت‌های جسمی زنان به جهت وظیفه تولیدمثل است، درحالی‌که زنان علاوه بر دوران باروری و مشکلات حمل‌جنین، زایمان و شیردهی مسائل زیستی دیگری به لحاظ ساختار فیزیکی دارند که از جمله مهم‌ترین آن‌ها ایام قاعدگی زنان است که در هیچ‌یک از قوانین این پدیده به‌عنوان یک عامل سخت برای زنان دیده نشده است.

عادت ماهیانه یک خصلت انسانی است که فقط در زنان یافت می‌شود. پس تنها به همین دلیل ساده انسان طبیعی بودن، زنان در این دوره مستعد و مستحق مراقبت بیشتر از مردان هستند. از این رو گفته می‌شود که حقوق قاعدگی حقوق مبتنی بر حقوق طبیعی است. حقوق طبیعی مبتنی بر قوانین طبیعی انسان به مثابه سرچشمه‌ی هر حق طبیعی انسانی تلقی می‌شود (جاوید، ۱۳۸۸: ۲۴). در این منظومه‌ی حقوق طبیعی انسان، تفاوت حقوقی نه تنها غیر عادلانه نیست بلکه رعایت نکردن این تفاوت طبیعی می‌تواند بنیان هر نوع تبعیض ناروا در حق آدمی باشد (جاوید، ۱۳۹۳: ۱۵۹). در واقع یکی از موارد مهم نابرابری حقوق زنان و مردان، وضع بیمارگونه‌ی زنان در دوره‌ی قاعدگی آن‌هاست. اما چون قبول این حق، برای دولت‌ها و از جمله کارفرمایان بار مالی دارد عملاً با همراهی حیای زنانه، به فراموشی سپرده شده است (جاوید و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۶۳-۱۶۲).

۳-۲- تخفیفات قانون در راستای حمایت از زنان شاغل

قانون سن بازنشستگی در زنان از دیگر مواردی است که قانون‌گذار نگاهی با تخفیف به زنان شاغل داشته است. زیرا زنان عموماً پس از پنجاه‌سالگی عموماً توانایی‌های زیستی‌شان کاهش می‌یابد و اغلب دچار بحران‌های افسردگی ناشی از یائسگی می‌گردند. بر این اساس قانون‌گذار این امور را در نظر داشته و همان‌گونه در قانون اصلاح مقررات بازنشستگی و وظیفه قانون استخدام کشوری مصوب ۶۸/۱۲/۱۳ و اصلاحیه‌های بعدی ملاحظه می‌شود، شرایط مربوط به سنوات بازنشستگی زنان مستخدم کمتر از مردان تعیین شده است. بنا بر بند ب از تبصره ۱ ماده ۲ قانون فوق، مستخدمین رسمی زن با ۲۰ سال سابقه‌ی خدمت می‌توانند، با موافقت دستگاه دولتی بازنشسته شوند. درحالی‌که مردان به شرط داشتن ۵۰ سال سن و ۲۵ سال سابقه خدمت، می‌توانند بازنشسته شوند. باید توجه داشت که بند ب تبصره ۱ بر اساس مصوبه ۱۳۷۰/۱۰/۳ اصلاح شده است. طبق ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی به صورت معمول هر فرد تحت پوشش بیمه تأمین اجتماعی چنانچه ۲۰ سال حق بیمه پرداخت کرده و به سن ۶۰ سال برای مردان و ۵۵ سال برای زنان که

سن تعیین شده برای بازنشستگی است رسیده باشد، می‌تواند بازنشسته شود. اما این قانون دارای تبصره‌هایی است که افراد در شرایط مختلف می‌توانند مطابق آن بازنشسته شوند. البته زنان شاغل وفق قانون کار می‌توانند در ۴۲ سالگی در صورتی که ۲۰ سال سابقه کار داشته باشند درخواست بازنشستگی نمایند که در این شرایط با احتساب ۲۰ روز حقوق مستمری دریافت خواهند کرد. با این اوصاف، حاکمیت گرچه در ایجاد فرصت‌های اشتغال برای زنان نقش بسیار مهمی دارد، اما توجه به تأمین منابع مالی کارفرمایانی که اقدام به استخدام زنان می‌نمایند باید به شکلی مورد توجه قرار گیرد. به عنوان مثال برای جبران مدت مرخصی زنان مرتبط با تولد فرزند، دولت می‌تواند در قالب بسته‌های حمایتی و تشویقی یا اعطای تسهیلات بانکی به کارفرمایان، در این امر تأثیرگذار باشد. این موضوع به‌روشنی در مقاله‌نامه‌های بین‌المللی دیده شده است) به‌عنوان مثال، مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ مربوط به حمایت از زنان باردار مصوب سال ۲۰۰۰ جایگاه متفاوتی دارد. این مقاله‌نامه که حمایت از مادری و برقراری مرخصی بارداری و زایمان را (به صورتی بیش از مقاله‌نامه‌های پیشین) به پیروی از سنت متداول در زمینه‌ی این حمایت خاص مقرر می‌دارد، لازم دانسته که به شیوه‌ی تأمین منابع مالی بپردازد. از همین رو بند ۸ ماده ۶ مقاله‌نامه شماره ۱۸۳ مقرر می‌دارد که هزینه‌های مستمری دوران مرخصی بارداری و زایمان باید از طریق بیمه تأمین اجتماعی اجباری یا با استفاده از بودجه عمومی تأمین شود (عراقی، ۱۳۸۶: ۲). در این خصوص، مقاله‌نامه هم نظام بیمه و هم استفاده از بودجه عمومی را تجویز می‌کند. بدین معنا که دولت‌ها آزادند یکی از این دو راه‌حل یا ترکیبی از آن را در نظر گیرند، ولی در هر حال باید به گونه‌ای عمل شود که کارفرما شخصاً و به تنهایی هزینه مستمری مربوط به مرخصی بارداری و زایمان را متحمل نشود. تأکید بر این موضوع و اجتناب از تحمیل کل هزینه‌ها بر کارفرما بدان سبب است که این گونه هزینه‌ها می‌تواند استخدام زنان را برای کارفرما نسبت به مردان گران‌تر سازد و موجب گردد که از نیروی کار زنان کمتر استفاده شود. در کشور ما این مهم بر عهده سازمان تأمین اجتماعی است. تأمین اجتماعی در کشورهایی که پایگاه واقعی زنان متحول شده، به‌طور فزاینده‌ای مورد توجه قرار گرفته است. موضوع برابری در تأمین اجتماعی رفع دو نوع تبعیض را مدنظر دارد: تبعیض مستقیم نظیر تفاوت در نرخ‌های حق بیمه که علیه زنان اعمال می‌شود و تبعیض غیرمستقیم مانند نداشتن پوشش بیمه‌های زنان در بخش غیر رسمی یا خانه‌داری که اعتبار قانونی ندارند. بلکه جنبه‌های عملی آن‌ها مدنظر قرار می‌گیرند (رحمانزاده، ۱۳۸۱: ۲). در نظام تأمین اجتماعی از آنجا که حمایت‌های بیمه‌ای به اعتبار اشتغال است. زنان و دخترانی که به فعالیت‌های مربوط به خانه‌داری می‌پردازند از لحاظ اقتصادی به‌عنوان جمعیت غیرفعال محسوب

می‌شوند و از امکان تأمین آینده‌ی مناسب برای خود برخوردار نیستند. اگرچه شمار زیادی از زنان متأهل طبق مقررات قانون مدنی می‌توانند از شوهرشان نفقه بگیرند و یا به‌تبع همسر چنان‌چه شاغل باشد، تحت پوشش برخی از حمایت‌های نظام بیمه‌ای (مانند درمان و مستمری بازماندگان) قرار گیرند اما آن‌ها نیز ممکن است به دلایلی مانند طلاق و یا مرگ شوهر از شمول این قوانین خارج شوند. بنابراین لازم است همه زنان خود اصالتاً تحت پوشش نظام بیمه‌ای باشند (بادینی و عصمتی، ۱۳۷۸: ۶۲-۶۱). برای حل این مشکل باید «خانه‌دار بودن» به‌عنوان یک شغل به رسمیت شناخته شود و آن دسته از زنان خانه‌داری که تابع نظام بیمه‌ای نیستند از طریق نظام بیمه‌ی اجباری یا بیمه‌ی حرف و مشاغل آزاد مورد حمایت قرار بگیرند و دولت بخشی از حق بیمه آنها را پرداخت نماید (همان، ۲۳۰-۱۹۹). بنابراین حق شخصی یک زن به‌عنوان یک فرد در برخورداری از مزایای اجتماعی به نام خودش و حقوق تبعی به دلیل وابستگی به یک زوج دو موضوع جداگانه است. رویکرد جدید در تأمین اجتماعی به دنبال راه‌حلی است که کارگران بدون توجه به جنسیت، قادر به استفاده از حمایت اصلی باشند که تضمین‌کننده برابری با سایر کارگران است (رحمانزاده، ۱۳۸۱: ۲).

۴- حمایت‌های اجتماعی از زنان با تأکید بر اصل ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی

توزیع متناسب زنان و مردان براساس شایستگی در سطوح مختلف مسئولیت‌ها در کشور یکی از معیارهای مهم رفتار عادلانه در حوزه اشتغال است. در این میان قوانین موجود باید به گونه‌ای باشد که با توجه به وظایف مختلف زنان برای آنها امکان فرصت‌های شغلی مناسب را فراهم نماید. اصل بیست و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یکی از پیشرفته‌ترین اصول قانون اساسی است و تصریح قانون‌گذار بر تأکید وظایف دولت در خصوص تضمین حقوق زنان در تمام جهات در این اصل ستودنی است. به‌طوری‌که دربند یک این اصل به رشد شخصیت، احیای حقوق مادی و معنوی زن به‌عنوان «انسان»، دربند دوم بر حمایت از زن به‌عنوان «مادر»، دربند سوم بر حمایت از زن به‌عنوان «همسر» در قالب تحکیم خانواده، دربند چهارم به حمایت از زن در شرایط بی‌همسری و پیری و دربند پنجم بر حمایت از زنان در شرایط مادران قیم پرداخته است. در این اصل برای زنان به‌واسطه زن بودن و بر اساس «اصل برابری» حمایت‌های اجتماعی تعریف شده است و برای تک‌تک این بندها در قوانین موضوعه کشورمان شرایط و تدابیر ارزنده‌ای دیده شده است. همچنین درحالی‌که در اصل ۲۹ قانون اساسی نگاهی عمومی به یکایک افراد کشور وجود دارد و تکالیف دولت را بر الزام به برخورداری تأمین اجتماعی همگانی به‌صورت بیمه

برشمرده است، باز در قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ برای زنان در موقعیت‌های مختلف زندگی به صورت مستقل یا وابسته به افراد خانواده، شاغل و یا از کارافتاده و بازنشسته امتیازات و شرایطی را قائل شده است. به طور کلی می‌توان از نظر اصطلاحی برای تأمین اجتماعی دو مفهوم قائل شد: یک مفهوم عام که منظور از آن فراهم آوردن کلیه اسباب لازم و ضروری برای زندگی انسان و پدیدآوردن زمینه‌هایی که برطرف‌کننده‌ی نیازهای مادی و معنوی افراد است و دیگری مفهوم خاص که مراد از آن تأمین اقتصادی و یا به طور دقیق‌تر تضمین اقتصادی افراد است. وظیفه‌ای که در قانون اساسی به آن اشاره شده، برای تمام اجزای حاکمیت، ایجاد تکلیف می‌کند. به بیان دیگر، همه‌ی ارکان حکومت باید هماهنگ و هدفمند به دنبال رسیدن به نتیجه‌ای مشترک باشند و این امر مستلزم آن است که ابتدا بین اجزای حاکمیت، از یک سو، در خصوص نقشی که در ساختار نظام حاکمیت به آنان واگذار شده، و از سوی دیگر، در مورد وظیفه حاکمیت در زمینه‌ی تأمین اجتماعی وفاق حاصل شود و قوانین روشن، دقیق و قابل اجرایی در این خصوص تصویب شود.

۴-۱- جایگاه تأمین اجتماعی در اعمال حاکمیت

در سال ۱۳۳۸ با تصویب قانون در خصوص اجاره‌ی قبول و اجرای اصول پیشنهادی توصیه‌نامه بین‌المللی شماره‌ی ۱۰۲ مرتبط با رفاه اجتماعی کارگران، تحول بنیادین دیگری در قوانین موضوعه ایران به وجود آمد. با تصویب این قانون، کشور ایران در عرصه‌ی بین‌المللی خود را به رعایت اصول مذکور در این توصیه‌نامه ملزم نمود و به دنبال آن قانون بیمه‌ای اجتماعی کارگران در ۱۳۳۹/۲/۲۱ به تصویب رسید. بنابراین، تعمیم بیمه‌های اجتماعی بر این اندیشه استوار است که افراد، نه از باب خیرخواهی، ترحم و دلسوزی بلکه به لحاظ استحقاقی که ناشی از فعالیت‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و پس‌اندازهای آن‌هاست و نیز، سهمی که از درآمدهای عمومی دارند باید از این حمایت‌ها برخوردار شوند (افتاده و واثقی، ۱۳۸۳: ۲۶۸-۲۲۹). در اکثر کشورهای پیشرفته‌ی صنعتی جهان، از جمله کشورهای عضو جامعه‌ی اروپا، اداره‌ی سازمان‌های بیمه‌ای حوزه‌ی تأمین اجتماعی به مؤسسات عمومی (غیردولتی) واگذار شده و دولت عمده‌تأ نقش ناظر بر اجرای قوانین مصوب را برعهده دارد. به علاوه، در اغلب کشورهای مزبور، خدمات‌دهندگان بخش درمان نظیر بیمارستان‌ها یا پزشکان نیز در مؤسسات یا تشکل‌های خودگردان سازمان‌دهی شده‌اند (پناهی، ۱۳۸۳: ۳). همچنین در اغلب کشورهای پیشرفته‌ی مبتنی بر نظام اقتصاد بازار، طرح‌های اصلی بیمه‌های اجتماعی در بخش‌های زیر طبقه‌بندی شده‌اند: مخاطرات ناشی از کهولت و سالخوردگی و حمایت از بازماندگان در صورت فوت بیمه‌شده (بیمه‌ی بازنشستگی و بازماندگان)؛ مخاطرات مربوط به قطع درآمد به

علت از کارافتادگی‌های کلی و جزئی (بیمه‌ی از کارافتادگی)؛ مخاطرات ناشی از بیماری (بیمه‌ی درمان) و مخاطرات ناشی از بیکاری فرد بیمه‌شده (بیمه‌ی بیکاری). با توجه به پیچیدگی عوامل فوق، یکی از مهم‌ترین اصولی که در حمایت‌های تأمین اجتماعی باید مدنظر سیاست‌گذاران و مجریان حوزه‌ی تأمین اجتماعی قرار گیرد توجه به این نکته است که، با به‌کارگیری ابزار و تمهیدات لازم، حتی‌الامکان باید از بروز هرگونه حادثه یا مخاطره‌ای که به‌نوعی منجر به فراهم آمدن شرایط عدم استطاعت مالی شهروندان و درنهایت ایجاد مخاطره در وضعیت معیشتی آنان شود، یا اعمال سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی جامع، ممانعت به عمل آید و بدین ترتیب برای پیشگیری اولویت خاص منظور گردد (همان). سازمان تأمین اجتماعی اگرچه نهادی بیمه‌گر است، کارکردهای آن با سایر نهادهای بیمه‌گر قابل مقایسه نیست. زیرا اولاً، وظایف و مسئولیت‌های آن در قوانین و مقررات امره آمده است. ثانیاً، چون اشخاص ذینفع می‌توانند از تصمیمات سازمان تأمین اجتماعی به دیوان عدالت اداری شکایت کنند و تصمیمات دیوان عدالت اداری در این خصوص، از مصادیق بارز اعمال حاکمیت است، سازمان تأمین اجتماعی ناگزیر از اجرای این احکام قضایی است. بنابراین، همان‌طور که قوه مقننه با وضع مقررات امره، وظایف سازمان تأمین اجتماعی را مشخص می‌کند، قوه قضاییه نیز با صدور آرا و احکام، برای سازمان تأمین اجتماعی الزاماتی را ایجاد می‌کند. ثالثاً، مصوبات هیئت‌وزیران و شورای عالی تأمین اجتماعی و نیز اختیارات قانونی که سازمان تأمین اجتماعی در خصوص وصول حق بیمه و جرائم اعمال می‌کنند، از جلوه‌های بارز اعمال حاکمیت‌اند. بنابراین، در صورتی که سازمان تأمین اجتماعی، سازمانی بیمه‌گر است، تصمیمات دولت و سایر نهادهای حاکمیت بر نحوه‌ی اجرای الزامات قانونی این سازمان، اثرگذار است (افتاده و واثقی، ۱۳۸۳: ۲۲۹-۲۶۸).

۶۱

۴-۲- حمایت اجتماعی یا رفاه اجتماعی برای زنان در قانون اساسی

در اصل سوم قانون اساسی دولت در خصوص حمایت‌های اجتماعی خصوصاً برای زنان مکلف شناخته شده است. حقوق اجتماعی بخشی از دانش حقوق است و اگرچه به تعبیر برخی از حقوق‌دانان (نمی‌توان آن را به‌صورت کامل یکی از شاخه‌های حقوق عمومی در نظر گرفت اما قرابت این دو غیرقابل انکار است (گرچی، ۱۳۹۲: ۲۳۶). حقوق اجتماعی در یک معنی محدود به حقوقی گفته می‌شود که فرد آن را با این عنوان که عضو جامعه است و با فعالیت شخصی و حرفه‌ای خود، و یا با به‌کارگیری خود در اجتماعی تأثیر می‌گذارد دارا است مانند حق مالکیت، آزادی کار و شغل و ... (طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۸: ۱۰۹). بوردو حقوقدان فرانسوی و استاد دانشگاه

پاریس، حقوق اجتماعی را بر این اساس توصیف می‌کند: «حقوق اجتماعی مانند حقوق آزادی‌های فردی ناشی از مقتضیات طبیعی بشر است که برای او به همان اندازه حقوق فردی امری حیاتی و اساسی است و موجب رهایی او از بی‌عدالتی می‌شود» (توحیدی و زارعی ۱۳۹۳: ۵). تأمین اجتماعی حوزه‌ای از خدمات رفاه اجتماعی است که مرتبط با حمایت اجتماعی در مقابل شرایط مشخص اجتماعی شامل فقر، سن پیری، ناتوانی، بیکاری خانواده‌های دارای فرزند و نظایر آن می‌شود. واژه‌های تأمین اجتماعی و حمایت اجتماعی گاهی به جای هم به کار می‌روند. تأمین اجتماعی دارای دو مفهوم موسع و مضیق است. در مفهوم موسع به طیفی قابل توجه از خدمات رفاه اجتماعی اطلاق می‌شود و به مفهوم مضیق برنامه خاصی است که مشخصاً تحت نام «تأمین اجتماعی» است (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۵). در اصل ۲۱ نیز حمایت‌های دوران بارداری و بیمه خاص بیوگان زنان سالخورده و بی‌سرپرست پیش‌بینی شده است. لازم به ذکر است که بند ۴ ماده‌ی ۲۱ قانون اساسی ایجاد بیمه خاص برای بانوان بیوه، سالخورده و بی‌سرپرست را به‌طور خاص و خارج از چارچوب کلی بیمه‌های اجتماعی عام مدنظر داشته است، در غیر این صورت اگر منظور قرار گرفتن این افراد در چارچوب برنامه‌های عام تأمین اجتماعی بود، با توجه به اطلاق اصل ۲۹ قانون اساسی، وضع حکم خاص برای بانوان ضرورتی نداشت. این امر در قانون ساختار نظام جامع تأمین اجتماعی نیز مدنظر قرار گرفته و در بند «ی» ماده‌ی ۱، بیمه خاص بانوان از جهات مقرر در بند «۴» اصل ۲۱ قانون اساسی را پیش‌بینی کرده است. بر این اساس، دولت مکلف است صرف‌نظر از وضعیت اشتغال بانوان، نظام خاص بیمه آنان از جهات مذکور را ایجاد و حمایت‌های ضروری را اعمال نماید. با توجه به مطالب فوق، وضعیت دو نوع از حمایت‌های تصریح شده در اصل ۲۹ قانون اساسی در خصوص تأمین اجتماعی دچار ابهام است: مزایای خانواده و مستمری بازماندگان. اگرچه این دو نوع مستمری صراحتاً در قانون اساسی ذکر نشده‌اند اما مصادیق و مبانی برقراری آن‌ها در اصل ۲۱ و ۲۹ وجود دارد. به‌ویژه حمایت مربوط به حالت بی‌سرپرستی که در هر دو اصل فوق بدان تصریح شده است و به مفهوم گسترده و با توجه به قوانین عادی مرتبط با موضوع، ناظر به دو حمایت موردنظر نیز هست. چنان‌که ملاحظه می‌شود بند «الف» ماده‌ی ۲ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، دو نوع از حمایت‌های مقرر در اسناد بین‌المللی شامل حمایت مستمری خانواده و حمایت زایمان را به‌صراحت موردتوجه قرار نداده است. ضمن آنکه به‌طور کلی حوادث و سوانح به‌طور کلی در قلمرو بیمه‌ای اجتماعی قرار گرفته است. درحالی‌که علی‌الاصول قلمرو بیمه‌های اجتماعی مربوط به حوادث و سوانحی نظیر نقص عضو و حوادث ناشی از کار است. ضمناً دو حمایت مراقبت پزشکی و حمایت در حالت بیماری را در قالب بیمه‌های درمانی

(بهداشت و درمان) پیش‌بینی کرده است، در حالی که حمایت‌های حالت بیماری منحصر به درمان نیست و علی‌الاصول شامل مستمری‌ها و سایر مزایا نیز می‌گردد. بر این اساس به نظر می‌رسد بند «الف» ماده ۲ قانون ساختار، در مقام احصاء حمایت‌های تأمین اجتماعی، به استانداردهای جهانی در این زمینه توجه کافی نداشته است (شهبازی نیا، ۱۳۸۶، ۱۴).

۴-۳- التزام دولت در حمایت از زنان آسیب‌پذیر

اقتضای آسیب‌پذیری، در ادبیات تخصصی حقوق بشر به افراد یا گروه‌هایی اطلاق می‌شود که با توجه به وضعیت خاص زیست‌شناختی، اجتماعی، سیاسی یا فرهنگی نسبت به سایر افراد یا گروه‌های بشری در معرض آسیب‌پذیری یا خطر بیشتری قرار دارند (مولایی نژاد، ۱۳۸۹: ۱۶۸). «زنان سرپرست»، در یک تعریف عام، ممکن است به زنان بیوه، زنان مطلقه یا در حالت متارکه (اعم از زانی که پس از طلاق به‌تنهایی زندگی می‌کنند و یا به خانه پدری بازگشته، ولی خود امرارمعاش می‌کنند)، همسران مردان بد سرپرست نظیر معتادان، همسران مردان زندانی، همسران مردان بیکار، همسران مردان مهاجر، همسران مردانی که در نظام‌وظیفه مشغول خدمت هستند، زنان خودسرپرست (زنان سالمند تنها)، دختران خودسرپرست (دختران بی‌سرپرستی که هرگز ازدواج نکرده‌اند)، همسران مردان از کارافتاده و سالمند، اطلاق شود و جملگی در گروه زنان سرپرست خانواده تعریف شوند، اما به نظر می‌رسد، مراد از زن سرپرست خانواده، زنانی هستند که حداقل، فرد یا افرادی را تحت تکفل خویش دارند. بنابراین زنان مطلقه یا متارکه کننده یا بد سرپرست که هیچ فردی را تحت تکفل ندارند، زن سرپرست مشمول این قانون محسوب نمی‌شوند (رضایی، ۱۳۹۵: ۱۲۲-۱۰۳). وجود فقر، شاخص قوی در میزان و قابلیت دسترسی به مساعدت‌های اجتماعی است. روش‌های بسیاری وجود دارد که در آن فقر موردسنجش و اندازه‌گیری قرار می‌گیرد. روش اتخاذشده به‌طور چشمگیری بر سطوح فقر مشخص شده و در هر وضعیتی تأثیر خواهد گذاشت (بادینی و عصمتی، ۱۳۹۱: ۲۳۰-۱۹۹). با آن‌که فقر و چگونگی ریشه‌کن کردن آن، مسئله‌ای جهانی است، ولی درعین حال دستور عمل واحدی برای پیشگیری آن از چهره‌ی تمامی جوامع کشورها وجود ندارد. تأمین حداقل نیازها، برای حفظ بقا ضروری است و معیاری از زندگی است که در صورت به‌کارگیری سیاست‌های جواب‌گو به نیازها، عناصر کالایی و غیر کالایی اساسی انسان را تأمین کند. نیازهای اساسی معمولاً سببی است که محتوای آن را ترکیبی از مواد غذایی ضروری در کنار یک حداقل از دیگر کالاهای موردنیاز روزانه مانند پوشاک، مسکن و نیز خدمات اجتماعی از قبیل سطح مناسبی از خدمات بهداشتی تشکیل می‌دهند. حد نیاز برای معیشت که بالاتر از

حداقل برای بقا است امکان انجام فعالیت‌های اقتصادی تا سطح مشخصی از بازده را فراهم می‌آورد. سطح حداقل عناصر کالایی و غیر کالایی، خط قرمز، مرز اضطراری و اعلام خطر و تهدید برای حفظ حیات است. پس حداقل جواب‌گویی برای بقا، حفظ حیات را مدنظر دارد، در صورتی که حد نیاز برای معیشت بار ارزشی و عملکردی داشته، معیاری ثابت نیست و برای جوامع در سطوح متفاوت توسعه و با توجه به شاخص‌های ارزشی افراد، گروه‌های اجتماعی آن، مختلف است (آدم، ۱۳۸۵: ۳). هر چند نظام تأمین اجتماعی جمهوری اسلامی ایران به لحاظ فراگیری و جامعیت تا حدودی موفق بوده، اما از لحاظ شاخص‌هایی نظیر ضریب جینی و نسبت جمعیت واقع در زیر خط فقر، هنوز با وضعیت مطلوب فاصله دارد. با وجود آنکه مطابق اصل ۲۱ قانون اساسی، ایجاد بیمه‌ی خاص بیوگان، زنان سالخورده و بی‌سرپرست مورد تأکید قرار گرفته، بسیاری از زنان و دختران بی‌سرپرست مطلقه، سالخورده، بیوه و حتی شاغل تحت پوشش هیچ تأمین و حمایت اجتماعی در کشور قرار ندارند و برخی دیگر از گروه‌های اجتماعی نظیر بیکاران، کارگران حاشیه‌ای، کارگران آسیب‌دیده، افراد ناتوان، کهن‌سال، کودکان و کارگران مهاجر که در معرض تبعیض قرار دارند و دسترسی چندانی به تأمین اجتماعی ندارند، لازم است در طرح‌های تأمین اجتماعی به آن‌ها توجه بیشتری شود. بنابراین در نظام حقوقی تأمین اجتماعی جمهوری اسلامی ایران، زمینه‌های تحقق اصل فراگیری به‌طور کامل برآورده نشده و کاستی‌هایی در این راه وجود دارد (بادینی و عصمتی، ۱۳۹۱: ۲۳۰-۱۹۹). همچنین در برخی زمینه‌ها، تبعیض و تفاوت در برخورداری از مزایای تأمین اجتماعی مشاهده می‌شود. قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ نشان می‌دهد که در بین مزایای مذکور در آن قانون، تنها در «کمک ازدواج و عائله‌مندی»، زنان و مردان شرایط یکسانی برای برخورداری دارند. هر چند برای استفاده از مزایای درمان به‌عنوان «بیمه‌شده‌ی اصلی» تفاوتی بین زن و مرد نیست، اما اگر زن و مرد به‌صورت تبعی و غیرمستقیم بخواهند از این مزایا استفاده کنند، تفاوت‌ها آشکار می‌شود. همچنین در مستمری بازمانگان، شوهر بازمانده و زن بازمانده از شرایط یکسانی برای دریافت مستمری برخوردار نیستند. با آنکه در ماده ۷۶ قانون تأمین اجتماعی ایران، زنان از شرایط سهل‌تری برای برخورداری از مزایای بازنشستگی بهره‌مند هستند. اما عده‌ای بر این باورند که این امر نه تبعیض مثبت، بلکه نوعی تبعیض منفی بوده که باعث می‌شود زنان زودتر از بازار کار خارج شوند و در حاشیه قرار گیرند. قانون پرداخت مستمری به فرزندان زنان متوفی مشمول قانون تأمین اجتماعی و سایر صندوق‌های بازنشستگی مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۵ که حقوق وظیفه‌ی مادران متوفی را همانند مردان قابل پرداخت به فرزندانشان دانسته است، اقدامی بسیار شایسته و قابل تقدیر است که امید است با الگو از این قانون در سایر مواردی که به دلیل تسری

ضوابط حقوق مدنی به حقوق تأمین اجتماعی در رویه‌ها و مقررات بین زن و مرد در برخورداری از مزایای تأمین اجتماعی تفاوت وجود دارد (مانند درمان و کمک عائله‌مندی) این تفاوت برداشته شود (بادینی و عصمتی ۱۳۹۱: ۲۳۰-۱۹۹).

یکی دیگر از مسائل روز، موضوع تغییرات نهاد خانواده و تأثیرات آن بر زنان است. حیات خانواده در حال تغییر است و الگوها در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه تشابه بیشتری می‌یابند. در سطح جهانی کودکان زیادی خارج از روابط ازدواج به دنیا می‌آیند و یا یکی از والدین خود (معمولاً مادر) یا وابستگان خانوادگی زندگی می‌کنند. جوامع زیادی با افزایش نرخ طلاق مواجه‌اند و این موضوع زنان را آسیب‌پذیر می‌سازد. در جوامعی که زنان برای مراقبت از کودکان مسئول‌اند، فرصت حضور در بازار کار را به‌منظور پرورش کودکان از دست می‌دهند. در سراسر جهان نرخ خانوارهای زن سرپرست (و کودک سرپرست در کشورهای در حال توسعه) رو به افزایش است. به عبارت دیگر امید به زندگی در زنان همواره بیش از مردان بوده است و این می‌تواند دلایل مختلفی از جمله وجود فرزندان یا لزوم مراقبت از والدین هم باشد. عموماً در جوامع در حال توسعه یا توسعه یافته عموماً وقتی جمعیت رو به سالمندی می‌رود و زنان آن جامعه بیشتر از مردان دارای طول عمر هستند و بیشتر زندگی می‌کنند. از این رو زنان به طور کلی و فقیر یا محتاج حمایت نیز از مردان بیشتر عمر می‌کنند. همین طول عمر نیاز به مراقبت و حمایت از آنان را جدی تر می‌کند. بنابراین از دست دادن همسر یا بیوگی تجربه مشابه اکثر زنان متأهل است که بیانگر رشته‌ای از ناامنی‌های ویژه است: از دست دادن درآمدی که شوهر (نان‌آور) کسب می‌کرد، از دست دادن منابعی که شوهر به دست می‌آورد و از دست دادن احترام و پایگاه در درون خانواده. تأمین اجتماعی رسمی با خطرات متأثر از تغییرات خانواده که زنان را بیشتر از مردان تحت تأثیر قرار داده و آسیب‌پذیر ساخته، سازگاری و هماهنگی کمتری داشته است. تأمین اجتماعی اساساً موضوعی زنانه محسوب می‌شود. زیرا زنان از یک طرف بیش از مردان عمر می‌کنند و بیشتر نیازمند حمایت‌های دوران سالمندی می‌باشند و از طرف دیگر آنان از اقشار آسیب‌پذیر و فقیر جوامع به‌ویژه در جوامع در حال توسعه به حساب می‌آیند و به علت سنت‌های محدودساز فرهنگی و مسئولیت‌های خانوادگی بیشتر، در عرصه حیات اجتماعی و اقتصادی کمتر فرصت حضور و مشارکت مؤثر پیدا می‌کنند.

نویسنده مقاله نگرشی جنسیتی به تأمین اجتماعی بر این باور است که زنان بیش از مردان در تیررس خطرات اقتصادی قرار دارند به طوری که در شرایط رکود و بحران اقتصادی معمولاً زنان قبل از همه کار خود را از دست‌داده و بیکار می‌شوند. بنابراین زنان - چه در کشورهای صنعتی

و چه در جوامع توسعه‌یافته - بیش از مردان نیازمند تأمین و حمایت اجتماعی می‌باشند. این در حالی است که زنان به دلایل مختلف کمتر از مردان فرصت بهره‌مندی از خدمات تأمین اجتماعی رسمی را پیدا می‌کنند (جباری ۱۳۸۲: ۸۱)

۵- زنان و تبعیض مثبت در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی

دولت در کشورهای رو به رشد وظایف باز توزیعی و تأمین معیشت مناسب برای مردم را بر عهده دارد و بر این اساس شاخص‌های توسعه بهترین سنجه برای روند شاخص توسعه انسانی است. توزیع عادلانه درآمدها و امکانات، ایجاد فرصت‌های مساوی برای اشتغال زنان و مردان، تحقق عدالت اجتماعی موجبات ارتقای توسعه انسانی را در هر کشوری فراهم می‌نماید. کیفیت زندگی، وضعیت بهداشت و سطح سلامت عمومی، آموزش رایگان و همگانی، رشد زیرساخت‌های اجتماعی و به‌طور کلی توسعه انسانی و اجتماعی (خصوصاً زنان) معیار سنجش وضعیت اجتماعی در هر کشور است.

۵-۱- منع تبعیض علیه زنان در اسناد بین‌المللی

در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ به شکلی ویژه به حقوق اجتماعی توجه شده و در موارد مختلف آن، حقوق اجتماعی از جمله حق تأمین اجتماعی، حق اشتغال، حق آموزش و پرورش، حق مسکن و حق بهداشت و درمان، به رسمیت شناخته شده است. در مواد ۶ و ۷ میثاق حق کار و اشتغال جزء یکی از حق‌های انسانی محسوب شده و درباره شرایط عادلانه کار، مزایا ساعت کار و استراحت راهکارهایی بیان شده است. در ماده ۱۲ به حق برخورداری از سلامت و تمتع از بالاترین سطح بهداشت و سلامتی جسمی و روحی ممکن الحصول تصریح و در ماده ۱۳ به فراهم ساختن آموزش عالی اشاره و از آموزش به‌عنوان سرمایه‌گذاری در عامل انسانی یاد شده است (توحیدی و زارعی، ۱۳۹۳).

در سال ۱۹۷۹ میلادی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان به تصویب سازمان ملل متحد رسید و تاکنون ۱۸۶ کشور به آن ملحق شده‌اند. بر اساس ماده ۱ این کنوانسیون عبارت «تبعیض علیه زنان» به هرگونه تمایز، استثناء (محرومیت) یا محدودیت بر اساس جنسیت که نتیجه یا هدف آن خدشه‌دار کردن یا لغو شناسایی، بهره‌مندی، یا اعمال حقوق بشر و آزادی‌های اساسی در زمینه‌ی سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و با هر زمینه دیگر توسط زنان صرف نظر از وضعیت زناشویی ایشان و بر اساس تساوی میان زنان و مردان، اطلاق می‌گردد. همچنین کنوانسیون در ماده ۱۱ به امر اشتغال زنان پرداخته و ضمن الزام دولت‌های عضو در تضمین تساوی میان زن

و مرد در امر اشتغال، ایشان را متعهد به فراهم نمودن زمینه‌های مناسب در امور ذیل می‌نماید: شناختن حق اشتغال به‌عنوان حق ذاتی تمامی افراد بشر، استخدام یکسان، تنوع شغلی و عدم محرومیت در انتخاب شغل، تضمین سلامتی و ایمنی در کار. همچنین کنوانسیون در خصوص اشتغال و ازدواج و بارداری زنان، دولت‌ها را موظف به تضمین موارد ذیل نموده است: اعمال اقدامات مناسب در خصوص ممنوعیت اخراج غیرقانونی زنان در بارداری و زایمان، حفظ موقعیت شغلی به هنگام زایمان، ارائه خدمات حمایتی جهت هماهنگی مسئولیت‌های خانوادگی و شغلی و حمایت از زنان باردار در مشاغل سخت و زیان‌آور (نقیبی و تقی‌زاده ۱۳۹۳: ۱۵۸-۱۱۷).

قطعه‌نامه شماره ۱۱۱ سازمان بین‌المللی کار (۱۹۵۸) تبعیض را به‌عنوان «هر تفاوت، حذف یا ترجیح بر اساس نژاد، رنگ، جنس، مذهب، عقاید سیاسی، ملیت و اصل و نسب یا خاستگاه اجتماعی که تأثیری مخرب بر کیفیت فرصت‌های شغلی یا رفتار در اشتغال دارد» بیان کرده است (هرندی و فلاح محسن خانی، ۱۳۹۸: ۵).

۲-۵- جایگاه قانونی تبعیض مثبت به نفع زنان

در اسناد حقوق بشری می‌توان تأکید و حمایت از اعمال تبعیضات مثبت را مشاهده نمود و کشورهای مختلفی نیز این اسناد را تنفیذ و در قوانین داخلی تصویب نموده‌اند (رضایی، ۱۳۹۵: ۱۳۲-۱۰۳) در اینجا لازم است به مفهوم تبعیض از منظر تبعیض مثبت بپردازیم. مفهوم تبعیض حکایت از تمایز، استثناء، محدودیت غیرمنصفانه، غیرمعقول، غیرقابل توجیه یا خودسرانه است که بر اساس مبنای خاصی شکل گرفته است (ویژه و نجابت‌خواه، ۱۳۹۳: ۱۶۹). لیکن، منظور از تبعیض «روا»، «مجاز» یا «مثبت»^۱ جبران مافات و ناملازمات^۲ در بهره‌مندی از موقعیت‌های اجتماعی است که در این حالت اقدامات و رفتارهای نابرابرانه و تبعیض‌آمیز، به‌مثابه کارکردی برابره تلقی خواهند شد. تبعیض مثبت را می‌توان نوعی تبعیض‌زدایی از طریق تبعیض دانست. به‌عبارت‌دیگر، می‌توان از ایجاد نابرابری به‌عنوان ابزاری جهت نیل به برابری، چنان یک غایت سخن گفت (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۳: ۹۳). زنان به‌عنوان بخش مهمی از اقشار آسیب‌پذیر جامعه در طول تاریخ، همواره یکی از اهداف و غایات و اعمال تبعیضات روا و حمایت از حقوق آنان در پرتو عدالت اجتماعی بوده‌اند. نهادهای بین‌المللی عموماً اجرای اقدامات مثبت را در ارتباط با زنان در جوامعی که به‌طور سنتی و فرهنگی بیشتر مورد آسیب قرار می‌گیرند را مهم و حیاتی ارزیابی

1. Affirmative Positive Discrimination or Positive Action.

2. Disadvantage.

می‌کنند. بر اساس اصول و قواعد حقوق بشر بین‌الملل، اگرچه، تبعیض و نابرابری میان گروه‌ها و اشخاص، ناموجه و نامشروع محسوب می‌گردد، لیکن، برنامه‌های اقدام مثبت^۱ که متضمن اتخاذ اقدامات ویژه به نفع گروه‌های محروم به لحاظ اجتماعی، اقتصادی یا فرهنگی است، مشروع تلقی می‌گردد (رضایی، ۱۳۹۵: ۱۳۲-۱۰۳).

بی‌تردید مهم‌ترین سند در مورد اجزا و عناصر حق تأمین اجتماعی، کنوانسیون ۱۹۵۲ تأمین اجتماعی (استانداردهای حداقلی) سازمان بین‌المللی کار موسوم به مقاله نامه شماره ۱۰۲ است. این مقاله نامه تنها سند بین‌المللی مبتنی بر اصول پایه‌ای تأمین اجتماعی است که استانداردهای حداقل پذیرفته‌شده جهانی را برای همه‌ی حمایت‌های ۹ گانه تأمین اجتماعی ایجاد کرده است. این شعب یا اجزای ۹ گانه حق برخورداری از تأمین اجتماعی شامل مراقبت پزشکی، مزایای مربوط به حالات بیماری، بیکاری، سالخوردگی، حوادث کار، زایمان، از کارافتادگی و نیز مزایای خانواده و بازماندگان می‌شود (شهبازی نیا، ۱۳۸۶: ۱۱۴). همچنین در ایران نیز به‌طور نمونه در راستای اعمال تبعیض روا و بهبود شرایط زنان، در سال ۱۳۹۵، مجلس شورای اسلامی، قانون کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص را به تصویب رسانید (رضایی، ۱۳۹۵: ۱۳۲-۱۰۳). از دیگر موارد تبعیض مثبت برای زنان (غیر شرایط بارداری و زایمان)، می‌توان همان‌گونه که در مباحث قبل مطرح گردید به سن بازنشستگی برای زنان و یا به دریافت مستمری ناشی از فوت همسر اشاره نمود.

بحث و نتیجه‌گیری

دستیابی به آموزش و یافتن شأن انسانی از مهم‌ترین ارکان توسعه اجتماعی زنان در سده اخیر بوده است. برخورداری از تأمین اجتماعی و حمایت‌های اجتماعی یکی از مهم‌ترین حقوق انسانی است که این حقوق، عمومی، غیرقابل اعراض در جرگه سطح اول حقوق اساسی همه شهروندان است. در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به‌صراحت توجه به حمایت از زنان و تأکید بر تأمین اجتماعی ایشان شده است. التزام ایران به جهت پیوستن به مقاله نامه شماره ۱۰۲ سازمان بین‌المللی کار و تصویب قانون تأمین اجتماعی در سال ۱۳۵۴ همگی مبین رویکرد دولت بر حمایت از کارگران خصوصاً زنان است. اما واقعیت این است که هرچند قانون تأمین اجتماعی تلاش نموده است تا نظام بیمه‌ای و حمایتی کامل و جامعی را فراهم نماید اما در واقع مقررات مرتبط با تأمین اجتماعی در ایران دارای ویژگی‌های تأمین اجتماعی نبوده و قانون‌گذار در برنامه‌های توسعه‌ای خصوصاً در ماده ۲۰ برنامه سوم توسعه بر لزوم تهیه و تدوین نظام تأمین

1. Affirmative action

اجتماعی تصریح نموده است. التفات به مسائل حقوقی زنان با رویکرد تبییض مثبت نشان از توسعه‌یافتگی قوانین هر کشوری دارد زیرا مبنای حقوقی تبییض مثبت فراهم نمودن امکانات ویژه برای افراد دارای شرایط خاص به‌منظور به دست آوردن موقعیت‌های ازدست‌رفته است. ایجاد فرصت‌های برابر برای اشتغال زنان، دریافت غرامت دستمزد ایام بارداری و زایمان، امکان بازگشت به کار پس از بارداری، تقلیل سن بازنشستگی، برخورداری از مستمری همسر پس از فوت همگی از شرایط مثبت به نفع زنان در قوانین ایران است. با این وجود زنان اگرچه به تعداد زیادی در کشور شاغل می‌باشند ولی هنوز نمایندگانی در تصمیمات اقتصادی، کمیسیون‌های تخصصی، اتاق‌های بازرگانی و اصناف نداشته‌اند. لذا وظیفه مقنن است که با تصویب قوانین کاربردی مناسب شرایطی را فراهم نمایند تا ضمن پیشگیری از بروز مخاطرات برای زنان، همه امکانات در سطح خرد و کلان در راستای تحقق این اهداف فراهم شوند.

منابع

- ◀ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ◀ قانون تأمین اجتماعی.
- ◀ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳.
- ◀ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹.
- ◀ قانون برنامه ششم توسعه مصوب اسفند ۱۳۹۵.
- ◀ قانون کار جمهوری اسلامی ایران.
- ◀ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب بهمن ۱۳۹۵.
- ◀ افتاده، غلامحسین و محمد واثقی، (۱۳۸۳). «بررسی اهداف و کارکردهای تأمین اجتماعی و ارزیابی مقررات فعلی تأمین اجتماعی در برآورده ساختن آن»، *تأمین اجتماعی*، س ۶، ش ۱۷.
- ◀ بادینی، حسن و زینب عصمتی، (۱۳۹۱). «زمینه‌های تحقق اصول حاکم بر حقوق تأمین اجتماعی جمهوری اسلامی ایران»، *رفاه اجتماعی*، ش ۴۴.
- ◀ پناهی، بهرام، (۱۳۸۳). «نظام تأمین اجتماعی و اقتصاد بازار»، *رفاه اجتماعی*، س ۳، ش ۱۲.
- ◀ توحیدی، احمدرضا و نرگس زارعی، (۱۳۹۳). «بررسی مصادیق حقوق اجتماعی زنان در قانون اساسی ایران و منشور حقوق و فعالیت‌های زنان (با تأکید بر حقوق اجتماعی زنان در اسلام)»، *اولین کنگره ملی تفکر و پژوهش دینی*.
- ◀ جاوید، محمدجواد، (۱۳۸۸). «نظریه نسبیت در حقوق شهروندی مبتنی بر اطلاق در حقوق طبیعی»، تهران: گرایش.

- ◀ جاوید، محمدجواد، عباس اشرفی و عصمت شاهمرادی، (۱۳۹۳). «تبعیض مثبت به نفع زنان با تأکید بر حقوق شهروندی»، *مطالعات راهبردی زنان*، س ۱۷، ش ۶۶.
- ◀ جباری، حبیب، (۱۳۸۲). «نگرشی جنسیتی به تأمین اجتماعی»، *فصلنامه پژوهش زنان*، د ۱، ش ۶.
- ◀ خادم آدم، ناصر، (۱۳۹۵). «استراتژی تأمین اجتماعی»، *فصلنامه تأمین اجتماعی*، ۱۳۹۵، ش ۱.
- ◀ رحمانزاده، رؤیا، (۱۳۸۱). «مسائل جنسیتی در تأمین و حمایت اجتماعی»، *پژوهش زنان*، د ۱۰، ش ۴.
- ◀ رضائی، علی، (۱۳۹۵). «در مسیر ارتقاء حقوق زنان و اعمال تبعیض روان نگاهی به قانون کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص»، *صیانت از حقوق زنان*، ش ۶.
- ◀ شهبازی‌نیا، مرتضی، (۱۳۸۶). «حق برخورداری از تأمین اجتماعی: ویژگی‌ها، محتوا و اصول کلی حاکم بر آن»، *تأمین اجتماعی*، س ۹، ش ۳۰.
- ◀ طباطبائی موتمنی، محمدحسین، (۱۳۷۵). *آزادی‌های عمومی و حقوق بشر*، دانشگاه تهران، تهران.
- ◀ عراقی، سید عزت‌الله، (۱۳۸۶). «تأثیر معیارهای بین‌المللی تأمین اجتماعی بر حقوق داخلی»، *تأمین اجتماعی*، س ۹، ش ۳۰.
- ◀ گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، حامد طبری و مریم میر محمدصادقی، «تبعیض مثبت: تبعیض عادلانه یا درمان اثرات تبعیض»، *تحقیقات حقوقی*، ۱۳۹۰، ش ۵۵.
- ◀ مولاووردی، شهین دخت، (۱۳۸۱). «حقوق انسانی زنان و کار»، *حقوق زنان*، ش ۲۱.
- ◀ مولایی نژاد، عماد، (۱۳۸۹). *حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر*، کتاب ده گفتار، کمیسیون حقوق بشر اسلامی، چاپ اول.
- ◀ مومنی‌راد، احمد و ساناز بهبودی کلهری، (۱۳۹۶). «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، *جستارهای حقوق عمومی*، س ۱، ش ۳.
- ◀ نقیبی، سید ابوالقاسم و مهدیه محمد تقی‌زاده، (۱۳۹۸). «بسترهای تقنینی و اجرایی تأمین اجتماعی زنان بی‌سرپرست و بدسرپرست»، *مطالعات راهبردی زنان*، ش ۶۴.
- ◀ هرندی، فاطمه و زهره فلاح محسن‌خانی، (۱۳۹۸). «بررسی وضعیت نابرابری جنسیتی در بازار کار ایران (با استفاده از نماگرهای کار شایسته)»، *برنامه و بودجه*، ش ۱۰۰.
- ◀ ویژه، محمدرضا و مرتضی نجابت خواه، (۱۳۹۳). «تحلیل مفهوم تبعیض ناروا با تأکید بر رویه قضایی حیات عمومی دیوان»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۶۷.

► Declaration of Philadelphia (1944), Declaration concerning the Aims and Purposes of the International Labor Organization, adopted at the 26th session of the ILO, Philadelphia.

► International Convenant On Economic Social and Cultural Rights, 1966.

تحلیل فقهی - حقوقی قاعده لا ضرر در رفع ضرر ناشی از تمکین و نشوز زوجه

مریم مهاجری*

چکیده

خداوند در مقام تشریح اولیه، احکام ضرری وضع نکرده است، اما اگر یکی از همین احکام، در مقام اجرا برای فردی متضمن ضرر شود، قاعده لا ضرر، آن را مرتفع می‌سازد. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال است که قاعده لا ضرر در رفع ضررهای ناشی از مبادرت ورزیدن زوجه به تمکین خاص و رفع ضررهای ناشی از نشوز زوجه نسبت به زوج، از چه جایگاه و اقتضائاتی برخوردار است؟ یافته‌های پژوهش حاکی است علی‌رغم اینکه مطابق احکام فقهی و حقوقی تمکین خاص از وظایف زوجه است، اما قاعده لا ضرر به‌عنوان یکی از قواعد حاکم بر احکام اولیه می‌تواند احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر را در فرضی که ورود چنین ضرری متصور است، مرتفع سازد. لذا قاعده لا ضرر به‌عنوان مهم‌ترین قاعده فقهی در رفع ضرر ناشی از تمکین خاص زوجه و همچنین رفع ضرر ناشی از ناشزه شدن زوجه برای زوج از جایگاه مهمی برخوردار است. اصل (۴۰) قانون اساسی و ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی نیز مؤید همین مدعاست. لذا اگرچه یکی از تکالیف زوجه آن است که از زوج تمکین کند، لیکن اگر ایفای این تکلیف متضمن ورود ضرر به زوجه باشد، بر اساس قاعده لا ضرر و همچنین وفق اصل (۴۰) قانون اساسی و ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی - که در واقع یکی از جلوه‌های قاعده لا ضرر محسوب می‌شوند - زوجه می‌تواند از تمکین خودداری نماید. همچنین اگر زوجه ناشزه شود، زوج حق ندارد با ضرب و جرح، به او ضرر برساند.

واژگان کلیدی

قاعده لا ضرر، ضرر، تمکین خاص، نشوز، بیماری.

*. دکتری حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، دانش‌آموخته سطح ۳ حوزه‌علمیه رشته فقه و اصول، تهران، ایران (mohajerilaw@gmail.com).

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱۹

۱- مقدمه و بیان مسئله

قاعده لا ضرر^۱ به‌عنوان یکی از قواعد مهم فقهی، منشأ نفی احکام ضرری واقع شده است و بسیاری از قواعد و احکام شریعت اسلامی در این قاعده ریشه دارد. برخلاف بسیاری از قواعد فقهی، قاعده لا ضرر از جمله قواعدی است که به باب مشخصی از ابواب فقه اختصاص ندارد و اگر مانعی وجود نداشته باشد، در تمامی ابواب فقهی جریان دارد؛ لذا به دلیل وسعت ظرفیت آن، بدان قاعده عامه می‌گویند و دارای چنان ظرفیتی است که می‌تواند به‌عنوان یک نظریه مطرح گردد؛ زیرا مباحث مربوط به قاعده لا ضرر به مناسبت موضوعات مختلف فقهی در ابواب متعددی به‌صورت پراکنده مطرح شده است. بنابراین به دلیل گستردگی و انسجام آن، بیش از یک قاعده فقهی مطرح بوده و می‌توان آن را به‌عنوان یک نظریه در ساختار نظام فقهی اسلام مطرح کرد (مهاجری و میرخانی ۱۳۹۸: ۲۲). چراکه قاعده لا ضرر از مشهورترین قواعد فقهی است که علاوه بر ابتدا بر روایات، سایر ادله همچون عقل نیز آن را تأیید می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۲۴). مطابق این قاعده فقهی، در اسلام ضرر مشروعیت ندارد و این مشروعیت نداشتن، هم مرحله قانون‌گذاری و هم اجرای قانون را در برمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۷۳: ج ۱، ۱۵۰؛ مشکینی، ۱۳۷۱: ۲۰۳). لذا این قاعده فقهی در نظام حقوق خانواده نیز پرکاربرد است و به‌عنوان مستند بسیاری از احکام مربوط به حقوق اعضای خانواده به‌کار می‌رود. رویکرد شارع مقدس در خصوص خانواده چنین می‌نماید که حفظ خانواده - باتوجه به کارکردی که در ایجاد نظام انسانی متعادل و معقول دارد - هم بالذات و هم بالتبعیه موضوعیت دارد و باید تمام ارکان مستقر در آن برای حفظ و بقای خانواده تلاش کنند (فرحزادی و ابراهیمی، ۱۳۹۸: ۸۰). در تعالیم دین مبین اسلام، حقوق و وظایف متقابل زوجین نسبت به یکدیگر به جهت مصالح مهم در مناسبات خانوادگی به رسمیت شناخته شده است. لیکن در مواقعی که عضوی از اعضای خانواده از حق خود به ضرر دیگری سوءاستفاده کند، یا اعمال حق مستوجب ورود ضرر به دیگری باشد، فقه اسلامی، راهی نیز برای جلوگیری یا برون‌رفت از این وضعیت نامطلوب زیان‌بار ارائه می‌دهد که یکی از این راه‌ها تمسک به قاعده لا ضرر است.

۱. در برخی کتب روایی نقل شده که سمره بن جندب در باغ مرد انصاری خرمایی داشت و خانه آن مرد نیز در قسمت ورودی باغ بود. سمره بن جندب پیوسته بدون استیذان، وارد باغ می‌شد. مرد انصاری به نزد پیامبر اکرم (ص) شکایت برد. حضرت (ص) سعی در مصالحه بین آن دو نمود و سمره بن جندب را نصیحت کرد، اما او نصایح و پیشنهادهای رسول الله (ص) را نپذیرفت. در انتها ایشان فرمودند: «لا ضرر و لا ضرار» و از این طریق ماده نزاع را قلع نمودند (کلینی، ۱۳۶۹: ج ۵، ۲۹۳-۲۹۲). این عبارت حضرت (ص) و برخی ادله قرآنی و روایی و عقلی دیگر، موجب شکل‌گیری قاعده لا ضرر شده است که به موجب آن، مشروعیت هرگونه ضرر و اضرار در اسلام نفی است (مشکینی، ۱۳۷۱: ۲۰۳).

وفق اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز، هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد؛ بنابراین هم به لحاظ فقهی و هم به لحاظ حقوقی، هیچ یک از زوجین نمی توانند در راستای اعمال حق خود به دیگری ضرر و زیان برسانند. توضیح آن که به موجب انعقاد عقد نکاح، برخی تکالیف بر عهده زوجه نهاده می شود که یکی از آنها تمکین خاص از زوج هست. گاهی ممکن است شرایطی به وجود آید که انجام این تکلیف شرعی و قانونی با موانعی مواجه شود و مبادرت ورزیدن به آن، زیان بار باشد. در این گونه موارد، زوجه با تکلیفی مواجه است که شرعاً و قانوناً بر او لازم است، اما این تکلیف با ضرر همراه است. ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی مقرر نموده: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود». از مفهوم مخالف این ماده قانونی چنان برمی آید که اگر زوجه به دلیلی مشروع از ایفای وظایف زوجیت امتناع نماید، مستحق نفقه خواهد بود؛ زیرا ناشزه محسوب نمی شود. همچنین گاهی ممکن است که زوجه تکلیف خود را بدون مانع مشروع نادیده انگاشته و نشوز را در پیش گیرد. این فعل، موجب پایمال شدن حق زوج و ورود زیان به اوست. این گونه موارد، می تواند مجرای قاعده لاضرر باشد؛ زیرا بسیاری از احکام ناظر بر روابط فی مابین زوجین، مستقیماً از قاعده لاضرر متأثر شده و برخی نیز تأثیر گرفته از قواعدی هستند که فلسفه وضع آنها، قاعده لاضرر است (مهاجری و میرخانی، ۱۳۹۸: ۳).

در همین راستا این پژوهش بر آن است، چند مصداق از موجباتی را که زوجه می تواند با حدوث آن، از تمکین خاص خودداری کند را ذکر و تشریح نماید. لازم به ذکر است که تأکید این پژوهش، بر تمکین خاص زوجه است؛ لذا ضررهای ناشی از تمکین عام، از موضوع پژوهش کنونی خارج است.

۲- مفهوم شناسی

در این قسمت برخی از مهم ترین مفاهیمی که در پژوهش کنونی نقشی بنیادین دارند، تبیین و تشریح می گردد.

۲-۱- ضرر و ضرار

برخی از اهل لغت ضرر را به معنای عمل مکروه نسبت به یک شخص یا نقص در اعیان گرفته اند (مقری الفیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۴۹۱) و برخی ضرر را تعریف به نقیض کرده اند و آن را خلاف نفع معنا نموده اند (جوهری، ۱۳۶۳ق، ج ۲: ۷۱۹). ابن اثیر و طرخی نیز ضرر را نقص در حق دانسته اند (ابن اثیر الجزری، بی تا، ج ۳: ۸۳).

ضرار نیز بر وزن فعال مصدر باب مفاعله است. گاهی باب مفاعله بر اعمال طرفینی دلالت می‌کند، که بر این اساس برخی معتقدند ضرار بیانگر ورود ضرر از دو طرف است، برخلاف «ضرر» که همیشه از یک طرف علیه طرف دیگر وارد می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق: ۴۸). برخی دیگر، ضرار را به معنای تکرار صدور ضرر دانسته‌اند (مقری الفیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۴۹۲).

اختلاف لغویین در معنای ضرر و ضرار، به مفهوم فقهی آن نیز سرایت کرده است؛ به‌عنوان مثال، مرحوم آخوند خراسانی تصریح داشته: «ضرر، مقابل نفع و عبارت از نقص در نفس یا مال یا عضو یا آبرو به نحو تقابل عدم و ملکه است و ضرار به معنی همان ضرر است» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۴ق: ۲۶۸). مرحوم نائینی بیان داشته: «ضرر عبارت است از هر نقصان در مال یا آبرو یا جان فرد دیگر. البته در مورد فقدان احترام و آبرو کمتر کلمه ضرر استعمال می‌شود. ضرار نیز، به معنای اضرار عمدی و ضرر مشتمل بر اضرار عمدی و غیرعمدی است و چنانچه در مقابل هم قرار بگیرند ضرر، غیرارادی است و ضرار زیان زدن ارادی» (نجفی خوانساری، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۹۹-۱۹۸). امام خمینی (ره) نیز ضرر را به معنای نقص در اموال و انفس دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ق: ۲۸)؛ اما درباره تفاوت ضرر و ضرار بیان نموده‌اند: «غالب استعمالات ضرر و مشتقات آن مالی یا نفسی است، ولی کاربرد ضرار و مشتقات آن در تزییق، اهمال، حرج و سختی رایج است...» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ۳۰).

۲-۲- تمکین

تمکین در لغت، به معنای قبول کردن، پذیرفتن فرمان و قدرت دادن است (طریحی، ۱۳۷۵ق، ج ۲: ۵۳؛ عمید، ۱۳۵۹: ۴۱۵). برخی نیز تمکین را به معنای متمکن، صاحب حق قدر و منزلت می‌دانند (زاغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۷۷۳). در فرهنگ فارسی تمکین به معنای فرمان بردن، قبول کردن و قدرت دادن آمده است (معین، ۱۳۸۶: ۳۰۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۴۲۲).

تمکین در اصطلاح فقهی و حقوقی در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. تمکین در اصطلاح عام عبارت است از آنکه زوجه وظایف خود را در قبال زوج انجام دهد و از او در حدود قانون و عرف اطاعت کند و ریاست او را در اداره امور خانواده بپذیرد. پس اگر شوهر توقعات نامشروع یا نامتعارفی داشته باشد، زوجه مکلف به اطاعت از او نیست و این اطاعت نکردن مصداق عدم تمکین نیست (صفایی، ۱۳۹۸: ۱۵۰؛ جابری عربلو، بی‌تا: ۱۷۳).

تمکین در اصطلاح خاص عبارت است از آنکه زوجه مقاربت با زوج را به طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد، از مقاربت با او خودداری ننماید (محقق حلی،

۱۴۰۸ق، ج ۲: ۳۴۷؛ صفایی، ۱۳۹۸: ۱۵۰). از مجموع عبارات فقها در بیان معنای تمکین خاص چنان برمی آید که این قسم از تمکین به معنی برآوردن نیازهای جنسی زوج است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۵: ۱۰۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰۷: ۳۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸: ۳۶۱؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۲۸۷). به رغم آنکه در متون فقهی تمکین از وظایف زوجه دانسته شده و از تمکین زوج ذکری به میان نیامده است، برخی فقها با تعمیم مسئله نشوز آن را به زوج نیز نسبت داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴۲۷: ۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق، ج ۲۵۷: ۳). لازم به ذکر است که تأکید نگارنده بر تمکین، تمکین خاص هست و پرداختن به ضررهای ناشی از تمکین عام، از موضوع پژوهش کنونی خارج است.

۲-۳- نشوز

نشوز در لغت به معنای مکان مرتفع است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۴۱۷؛ رازی، ۱۴۱۵ق: ۳۳۸؛ جوهری، ۱۳۶۳ق، ج ۳: ۸۹۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ۴۹۳) و در اصطلاح فقهی، به معنای تمکین نکردن، نافرمانی و عدم ایفای وظایف زناشویی از سوی زوجه است؛ اما برخی فقها نافرمانی زوج در ایفای تکالیف خود را نیز نشوز نامیده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ۱۲۰۰؛ شهید ثانی، ۱۳۸۳ق، ج ۲: ۲۰۰). با این حال، در نظام حقوقی کنونی، معمولاً نشوز برای نافرمانی زوجه استعمال می‌شود (صفایی، ۱۳۹۸: ۱۵۰). این پدیده منشأ برخی آثار حقوقی است؛ از جمله آن که اگر زوجه نشوز را در پیش گیرد، در مدت نازشه بودن، استحقاقی بر دریافت نفقه ندارد و حق قسم او زایل می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۸۳ق، ج ۲: ۳۴۴).

۳- ادله وجوب حق تمکین خاص از زوج

دلایل و مستندات متعددی بر وجوب حق تمکین خاص زوج، در آیات و روایات بیان شده است که به برخی از آنها، پرداخته می‌شود.

یکی از آیاتی که در این زمینه می‌توان از آن استفاده کرد، آیه ۲۲۳ سوره بقره است که خداوند متعال بیان داشته: «تساوکم حرث لکم فاتوا حرثکم انی شئتم و قدموا لانفسکم و اتقوا الله واعلموا انکم ملاقوه و بشر المومنین»^۱. برخی مفسران در خصوص این آیه بیان نموده‌اند که کلمه «أنی» از اسمای شرط است که مانند کلمه «متی» در خصوص زمان استعمال می‌شود. البته گاهی هم برای مکان به کار می‌رود. حال اگر «أنی» در این آیه ناظر به مکان باشد، معنا آیه چنین می‌شود: «به کشتزار خود وارد شوید، از هر محلی که خواستید» و اگر ناظر به زمان باشد، معنای آیه چنین است: «هرگاه خواستید به کشتزار خود بروید» و به هر روی که باشد، اطلاق را می‌رساند؛ مخصوصاً

۱. «زنان شما کشتزار شما هستند، پس از هر سو و هر وقت که خواستید به کشتزار خود درآید».

با قید «شیءتم» در آیه شریفه، این اطلاق روشن‌تر به چشم می‌خورد که این دلالت بر توسعه و آزادی دادن زوج در عمل زناشویی است (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۳۱۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۱۴۱). همچنین در روایتی از امام باقر (ع) نقل شده است: «زنی به نزد رسول‌الله (ص) آمد و عرضه داشت: یا رسول‌الله حقّ زوج بر زوجه‌اش چیست؟ فرمود: آنکه او را فرمان ببرد و از نافرمانی‌اش بپرهیزد و از مال شوهر [بدون رضای او] چیزی به فقیر ندهد و نیز بدون اجازه او روزه مستحبی نگیرد و او را از کامیابی مانع نشود، هر چند بر جهاز شتری سوار باشد و از خانه‌اش بدون رخصت وی خارج نشود که اگر بدون اجازه از منزل بیرون رفت، فرشتگان آسمان و زمین و فرشتگان غضب و رحمت همگی او را لعنت کنند تا به خانه بازگردد» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۳۸ و ج ۵: ۸۵). امیرالمؤمنین (ع) درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و مهریه زوجه را به عهده گرفته بود به شرط آنکه اختیار کام‌گیری و طلاق با زوجه باشد، فرمود: «زوجه با سنت مخالفت نموده و متولی امری گشته که اهلش نبوده». سپس حکم فرمودند: «صداق به عهده زوج است و جماع و طلاق نیز به دست اوست» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۲۵ و ج ۵: ۶۷).

با دقت در متن این دو روایت به‌راحتی می‌توان حق تمکین را برای زوج برداشت نمود. به‌رغم آنکه در شریعت اسلام، حق استمتاع زوج امری مسلم است، اما ادله مربوط به آن مطلق نبوده و حتی در فرض اطلاق نیز به‌واسطه حضور سایر ادله از جمله قاعده لاضرر، دایره شمول آن مضیق می‌شود. با این‌وجود، همچنان وسعت و محدوده حق تمکین خاص به‌صورت جزئی بیان نشده و به عرف واگذار شده است (نقیبی، ۱۳۸۶: ۹). آیه شریفه «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹) نیز بر این امر دلالت دارد، لذا ملاک و معیار، عرف هر زمان است.

۴- رفع ضرر ناشی از حق تمکین خاص

خداوند در مقام تشریح اولیه احکام اسلامی، احکام ضرری وضع ننموده است، اما اگر یکی از این احکام که از نظر کلی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی متضمن ضرر شود، به‌موجب حکم ثانویه و قاعده لاضرر، باید ضرر آن مرتفع می‌شود. این قاعده کلی در روابط زوجین به‌خصوص در زمینه‌ی تمکین خاص جاری است. در این قسمت به نحوه رفع ضرر ناشی از نشوز و همچنین ضرر ناشی از تمکین خاص به‌موجب قاعده لاضرر پرداخته می‌شود:

۴-۱- رفع ضرر ناشی از نشوز زوجه

یکی از حقوق زوج آن است که زوجه از او تمکین نماید. اگر زوجه بدون مانع مشروع، به این تکلیف شرعی و قانونی خود عمل نکند، ناشزه می‌شود. زوجه ناشزه حق زوج را تضییع نموده و این به منزله ایراد ضرر به زوج است. فقها نشانه‌های نشوز را ترشروی به شوهر، سستی در برآوردن نیازهای او و... ذکر کرده‌اند (شهیدثانی، ۱۳۸۳ق، ج ۲: ۳۳۴) که در صورت عدم تمکین زوجه و بروز نشوز، مطابق ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی زوجه حق خود را بر دریافت نفقه از دست می‌دهد. همچنین حق قسم او از میان می‌رود و زوج می‌تواند از مضاجعه با او خودداری کند، یا او را تنبیه نماید (شهیدثانی، ۱۳۸۳ق، ج ۲: ۳۳۴).

خوف نشوز نیز زمانی حاصل می‌شود که ترس از سرد شدن روابط بین زوجین به حدی باشد که به احتمال قوی به نشوز منجر می‌شود، لذا شریعت مقدس اسلام برای پیشگیری از نشوز و دفع این ضرر راهکارهایی در نظر گرفته که در آیه ۳۴ سوره نساء بدان اشاره شده است. پیرامون حمایت از حقوق زوج قرآن کریم مطابق آیه «واللاتی تخافون نشوزهن فعضوهن واهجرهن فی المضاجع واضرېهن فان اطعنکم فلا تبغوا علیهن سییلاً»^۱ سراه حل برای جلوگیری و رفع ضرر و زیان ناشی از تمکین نکردن زوجه پیش‌بینی کرده است که رعایت ترتیب در بین آن‌ها الزامی است: الف- موعظه و نصیحت: موعظه کلام نرم و پاکیزه‌ای است که زوج به‌وسیله آن، عقل و قلب زوجه را خطاب قرار می‌دهد و برای تأثیرپذیری باید اهتمام و کوشش ویژه کرده و روشی برای موعظه انتخاب کند که بتواند اختلافات روحی عاطفی را حل کند. (فضل‌الله، ۱۴۲۱ق: ۱۵۷) در کتب فقهی برای موعظه کردن زوجه عباراتی از قبیل ترساندن زوجه از عذاب الهی، سقوط نفقه و سقوط حق قسم آورده‌اند. همچنین رعایت ادب، اطاعت از زوج و وفاداری برای زوج را توصیه کرده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸: ۳۵۶).

ب- دوری از بستر: در این زمینه فقها اقوال متعدد و مشابهی دارند مبنی بر اینکه روشن است که زوج به مطلق جدایی امر نشده بلکه منظور، جدایی زوج از زوجه در رختخواب است. شهید ثانی پیرامون کیفیت دوری در خوابگاه، رجوع به عرف را مؤثر می‌داند (حلبی، ۱۴۱۷ق: ۳۵۲؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۴۹؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴: ۳۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ۲۰۱).

ج- تنبیه بدنی: اگر پند و اندرز و جدایی در بستر، فایده نداشت، نوبت به راه‌حل سوم می‌رسد که زوج از باب نهی از منکر همسرش را تنبیه می‌کند به میزانی که تنبه‌آور باشد (شیخ صدوق،

۱. «اگر از نشوز ایشان می‌ترسید، ابتدا پندشان دهید، اگر سودی نبخشید در بسترها از ایشان دوری کنید و سپس اگر فایده ای نداشت، آنان را تنبیه کنید» (نساء: ۳۴).

۱۴۰۴ق، ج ۳: ۵۲۱) و چون کسی سزاوارتر از شوهر عادل نیست وی باید زوجه را از معصیت بازدارد؛ زیرا نباید پای فرد دیگری به خانواده باز شود و خود زوج بازدارندگی همسرش از گناه را عهده‌دار شود. شیخ طوسی در تفسیر این آیه تصریح نموده: «مراد از ضرب، زدن به وسیله دستمال پیچیده شده است که به حد کبودی نرسد و باید تأدیبی باشد؛ نه تعزیری» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴: ۳۳۸ و ج ۸: ۶۹)؛ زیرا اگر با تنبیه اعضای بدن زن تلف گردد شوهر ضامن است. علت این امر آن است که آنچه شارع فرموده باهدف اصلاح و تأدیب است، حال آنکه ضرب شدید موجب افساد و تشدید اختلاف می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۱۰۰؛ محقق سبزواری، ۱۳۹۰ق: ۱۸۹). فخر رازی معتقد است که زدن زمانی رواست که غیر ضرب قطعاً مفید و نافع واقع نشود (فخر رازی، بی‌تا، ج ۳: ۳۱۸). دیدگاه امام خمینی (ره) آن است که ضرب باید مختصر باشد تا موجب کبودی یا سرخی بدن نشود و باید به قصد اصلاح و تأدیب باشد؛ نه به قصد تشفی و انتقام (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۰۵). بنابراین تنبیه بدنی نباید ناشی از عصبانیت و غضب باشد و همچنین نباید منجر به کبودی، زخم و شکستگی شود (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۸: ۵۴۸).

اگر کسی منکری را مرتکب شود یا خلاف شرعی را انجام دهد، نخست او را باید موعظه و نصیحت کرد، سپس اظهار انزجار نمود و در مرحله نهایی نوبت به تأدیب می‌رسد. در مورد مسئله مزبور نیز حکایت به همین نحو است؛ یعنی منظور آیه آن است که اگر در زندگی زناشویی، زوجه ناشزه گردید، شایسته‌ترین شخص برای نهدن از منکر، شوهر عادل اوست؛ زیرا تنبیه زن گناهکار در محکمه، هرگز همانند تنبیه او در منزل و در پنهانی از چشم دیگران نخواهد بود. خداوند اجازه چنین کاری را به شوهرش، به قصد اصلاح و تأدیب داده است؛ آن‌طور که در امر به معروف و نهی از منکر و در تعزیر برای پیشگیری از جرم رخ می‌دهد؛ نه از جهت انتقام و کشفی (مهاجری و میرخانی، ۱۳۹۸: ۸۶). به اعتقاد فقها، تنبیه بدنی فقط مربوط به زمانی است که زوجه از مرحله خوف نشوز عبور کرده و ناشزه شده باشد. مرحله وعظ و هجر مربوط به امارات نشوز است و در این صورت به آسانی نمی‌توان رأی به تنبیه بدنی داد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴: ۳۳۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۴۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ۲۰۱). عبارات فقها در مورد این فقره از تنبیه حاکی است که این علاج و درمان فقط در موارد ذیل (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۲۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۴۲۸ و ج ۸: ۳۵۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۱: ۲۰۲) مباح است:

- تنبیه بدنی به حکم قاعده «تبیح المحظورات» فقط به قدر ضرورت مجاز شناخته شده است؛
- تنبیه بدنی نباید به گونه‌ای باشد که در شریعت اسلام از آن نهی شده و ضرر جسمانی بر زوجه وارد آورد؛

- در تنبیه بدنی، زوج به تأثیر این عمل برای علاج زوجه علم داشته باشد.

بنا بر برخی نظرات، واژه «ضرب» اختصاصی به زدن دردآور ندارد؛ گرچه ضرب در مورد امر به معروف و نهی از منکر (قبل از ارتکاب) و در مورد حد یا تعزیر (بعد از ارتکاب) غالباً دردآور است؛ اما برخی از مصادیق آن می‌تواند بی‌درد باشد. با عنایت به اینکه اساس خانواده مودت و رحمت است^۱، این دستور قرآنی برای حفظ همان دوستی و مهربانی است و مضروب نمودن به نحوی که منجر به آسیب به زوجه شود، باعث حفظ آن مودت و رحمت نمی‌شود. علاوه بر آن، خدای سبحان که عمود خانواده را مودت و رحمت قرار داده، دستور رنجاندن صادر نمی‌کند. تنبیه بدنی زوجه با معاشرت به معروف سازگار نیست (علاسوند، ۱۳۸۶: ۵۶-۵۵) و حال آن که خداوند امر نموده که زوج باید با زوجه معاشرت به معروف داشته باشد^۲ و این تکلیف شرعی در ماده (۱۱۰۳) قانون مدنی نیز منعکس شده است؛ بنابراین مقصود قرآن از ضرب که برای نشوز استعمال شده، تنبیه بدنی به معنای مصطلح امروزی نیست، بلکه تنبیه ویژه‌ای است که بیشتر تأثیر روانی و عاطفی دارد، نه آسیب جسمی و بدنی. در واقع نوعی ضربه عاطفی به زوجه است که شدتش از دوری کردن در بستر، بیشتر است (صدر، ۱۴۲۰ ق: ۹۲)؛ لذا این آیه نه تنها حقوق زوجه را زیر پا نمی‌گذارد، بلکه گامی در راستای پاسداری از کیان خانواده در برابر خطر فروپاشی است؛ زیرا در پی آن است که با ارائه راهکار مناسب، جهت رفع ضرر و زیان وارد بر زوج، از راهکار طلاق که اصولاً به زیان زوجه است، جلوگیری نماید؛ مسلماً زوجه این جبران ضرر را بر راهکارهای دیگر، ترجیح می‌دهد. البته در مرحله آخر، زوج می‌تواند زوجه را با اذن محکمه طلاق دهد؛ البته طلاق به‌عنوان شیوه‌ای جهت رفع ضرر، باید آخرین راه‌حل محسوب شود؛ زیرا باید تلاش کرد تا جایی که امکان دارد، از وقوع طلاق بین زوجین جلوگیری نمود و راهکارهای دیگری از جمله عذرخواهی زوجه از زوج در نظر گرفت و در نهایت در صورت بی‌نتیجه ماندن این راهکارها، حکم طلاق صادر شود (جوادی آملی، ۱۳۸۸: ۳۱۳؛ حسینی، ۱۳۸۸: ۳۴).

۴-۲- رفع ضرر ناشی از تمکین خاص زوجه

مداقه در منابع فقهی نشان می‌دهد علی‌رغم اوامر و توصیه‌هایی که در لسان آیات و روایات، تمکین را از وظایف زوجه برمی‌شمرد، قاعده لاضرر به‌عنوان یکی از مشهورترین قواعد فقهی اسلام و حاکم بر ادله احکام اولیه می‌تواند احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر را

۱. «وجعل بینکم موده و رحمه» (روم: ۲).

۲. «عاشروهن بالمعروف» (سوره نساء: ۱۹).

در فروزی که ورود چنین ضرری متصور است، مرتفع ساخته و جواز خودداری زوجه از تمکین را موجب شود. چنانچه پیش تر گفته شد، ضرورت تمکین زوجه مصرح است، اما این تکلیف مطلق و بی حد و حصر نبوده و به واسطه ادله‌ای همچون قاعده لاضرر، تقییداتی بر آن وارد می‌شود؛ زیرا جاعل شریعت به دلیل احاطه کامل بر مفاسد و مصالح واقعی احکام در برخی مواضع روابط زناشویی را منع کرده است (حلی، ۱۴۱۷ ق: ۳۷۳). در چنین مواضعی بعضاً با استناد به حکومت قاعده لاضرر بر ادله احکام، آن قسم از احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر از جمله لزوم تمکین زوجه را در این فروض مرتفع نموده است. البته به دلیل نبود مباحث منظم پیرامون تمکین در کتب فقهی، از حدود و موارد جواز خودداری از آن سخن دقیق گفته نشده است. این در حالی است که موارد دیگری نیز متصور است که باید به لحاظ بیم اضرار زوجه، حکم به جواز خودداری از تمکین خاص داد؛ مواردی چون بیماری مسری زوج یا وجود بیماری در زوجه به گونه‌ای که تمکین از سوی وی، تشدید آن را به همراه دارد. در این مواضع است که باید بر اساس قاعده لاضرر، حکم به جواز خودداری از تمکین زوجه داد؛ خودداری از تمکینی که ضمانت اجرای محرومیت از انفاق را به همراه نخواهد داشت (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳: ۱۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸: ۴۴۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹ ق: ۲۵۷)؛ به‌عنوان نمونه، برخی فقها در فرض بیماری زوج، به استناد خوف ضرر برای زوجه، در خودداری از تمکین خاص حکم داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۴: ۳۱۷).

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله در خصوص این مسئله چنین بیان داشته‌اند: «اگر جهت عذر شرعی یا عقلی از قبیل حیض یا احرام یا اعتکاف واجب یا بیماری یا غیر این‌ها نتواند از شوهر خود تمکین نماید، نفقه‌اش ساقط نمی‌شود. عذر عقلی می‌تواند ناظر به ضرری باشد که عقلاً با تمکین متوجه زوجه می‌شود؛ اعم از بیماری و ناتوانی جسمی» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۹۸). چنانکه از عبارت امام خمینی برمی‌آید، ایشان اقسام ضرر را منحصر ننموده‌اند و هر آنچه را که به حکم عقل برای زوجه زیان‌آور باشد مجوز عدم تمکین و استمرار وجوب انفاق از ناحیه زوج می‌دانند. این در حالی است که عده‌ای از فقهای متقدم موارد اضرار را احصاء نموده و برای آن عمومیت قائل نبوده‌اند؛ مثلاً صاحب جواهر در توضیح تمکین کامل به‌عنوان سبب وجوب نفقه چنین نگاشته است: «اگر زوجه مریض یا قرنا یا رتقا باشد، نفقه او ساقط نمی‌شود؛ زیرا اسقاط نفقه در این موارد مصداق سوء معاشرت با او خواهد بود و به‌علاوه اگر نفقه باوجود دوام عذر زوجه واجب نباشد این امر مستلزم ادامه زوجیت بدون نفقه است و این ضرری بزرگ است» (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۱: ۲۰۱). البته این موضوع نیز قابل توجه است که در آرای متقدمین نیز منع و عذر شرعی نشانه تقصیر زوجه در تمکین و وارد شدن حکم نشوز بر وی نشده و استحقاق وی در دریافت نفقه را از بین نمی‌برد.

اصل (۴۰) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز - که یکی از جلوه‌های قاعده لاضرر است - در این زمینه قابل استفاده است. این اصل اعلام نموده: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». بدیهی است که مراد از حق، اعم از مالی و معنوی است. این اصل، از اصول پرکاربرد قانون اساسی است که در هر جایی که شخصی اعمال حق خود را وسیله‌ای برای ضرر رساندن به دیگران قرار می‌دهد، از جمله در روابط فی‌مابین زوجین، جلوی اضرار به غیر را می‌گیرد (نقیبی، ۱۳۸۶: ۱۴ و ۱۵). توضیح آن که اگرچه تمکین خاص یکی از حقوق زوج به شمار می‌رود، لیکن این حق مطلق نیست و وی نباید از این حق که شرع و قانون برای او قائل شده است، سوءاستفاده نموده و آن را در مواردی که موجب آسیب دیدن زوجه می‌شود، اعمال نماید. ضمن این که وفق اصل دهم قانون اساسی نیز، از آنجاکه خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد. لذا حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر باید محدود به رعایت این اصل باشد (نقیبی، ۱۳۸۶: ۹).

۸۱

در این قسمت به چند مصداق مهم که به تبعیت از قاعده لاضرر، زوجه می‌تواند از تمکین خودداری نماید، پرداخته می‌شود:

۴-۲-۱- بیماری

اصولاً زوجه نمی‌تواند با توسل به اینکه زوج بیمار است، از تمکین خودداری نماید؛ مگر اینکه زوج مبتلابه یکی از امراض واگیردار باشد و زوجه تیز در صورت تمکین، مبتلابه بیماری شود. در امثال این موارد، زوجه می‌تواند تا حدی که از سرایت آن بیماری مصون بماند، از تمکین خودداری ورزد (جعفرزاده، ۱۳۹۰: ۳۸۹).

ماده (۱۱۲۷) قانون مدنی در این خصوص مقرر نموده: «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلابه یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود». در واقع در چنین مواقعی، قاعده لاضرر عموم و جوب تمکین را تخصیص می‌زند (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۳۵۹).

از منطبق ماده (۱۱۲۷) قانون مدنی چنان برمی‌آید که اولاً این ماده راجع به امراض مقاربتی است و ثانیاً ناظر به مواردی است که بیماری، پس از زوجیت عارض شود؛ بنابراین نمی‌توان در سایر موارد به این ماده متوسل شد؛ مانند زمانی که بیماری زوج، علی‌رغم واگیردار بودن، از نوع

بیماری‌های مقاربتی نباشد و همچنین مواردی که زوج قبل از ازدواج بیمار شده باشد؛ خواه به آن عالم بوده، یا جاهل. با این حال، نباید از ماده مورد اشاره مفهوم مخالف گرفت و جواز تمکین نکردن را محدود به همین ماده نمود؛ زیرا قاعده لاضرر اقتضا دارد که هرگاه کشف شود زوجه در صورت تمکین بیمار می‌شود، وجوب تمکین از او رفع می‌شود. ملاک ماده (۱۱۱۵) قانون مدنی نیز این مدعا را تأیید می‌کند.

البته در این حالت نیز امتناع زوجه از تمکین نباید از حدی که برای حفظ سلامت لازم و ضروری است، فراتر رود و به‌هرروی، زوجه نباید از سایر تکالیفی که در قبال زوج دارد و قابل انجام است، خودداری نماید (بهری و صفایی، ۱۳۹۱: ۱۳). آنچه باعث می‌شود که لزوم تمکین از زوجه برداشته شود، فقط بیماری زوج نیست، بلکه ضعف جسمانی زوجه، یا بیماری او به‌گونه‌ای که تمکین خاص منجر به تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی وی شود نیز از جمله مصادیقی است که به استناد قاعده لاضرر باید به جواز خودداری زوجه از تمکین خاص حکم نمود. بر این فرض، باید مصادیق ایجاب‌کننده ضرورت درمان زوجه در خارج از محیط منزل را نیز اضافه کرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۹۸).

۴-۲-۲- انحرافات جنسی زوج

انحراف جنسی هنگامی است که گزینه طبیعی که به‌منظور بقای نسل است به انحراف کشیده شود. این پدیده می‌تواند علامتی از یک اختلال روانی یا یک ضایعه‌ای عضوی یا ناشی از بدآموزی و مسائل اجتماعی باشد؛ بنابراین در این نوع انحراف، موضوع علاقه انسان در مقاربت از حالت طبیعی خارج شده و تمایلات غیرطبیعی را در برمی‌گیرد. انحرافات جنسی مصادیق متعددی دارد (دیباپی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۳۴۴). برخی اقسام این انحرافات مانند دیگرآزاری، دیگرآزاری توأم با خودآزاری، جنون مقاربت و وطی در دبر، می‌تواند به استناد قاعده لاضرر مجوزی برای خودداری زوجه از تمکین خاص تلقی شود که در ذیل بررسی می‌شوند:

الف- دیگرآزاری

دیگرآزاری عبارت است از وارد کردن رنج و آزار جسمی یا روانی بر شخصی دیگر، به‌منظور حصول تحریک جنسی^۱. این انحراف اقسام متعددی دارد، از این میان، سادیسم سمبولیک که فرد

۱. اشخاص سادیک برای اطفای شهوت، طرف خود را در حین یا قبل یا پس از مقاربت، مورد اذیت و آزار و حتی شکنجه قرار می‌دهند. گاهی نیز اعمال سادیستی آنها به قتل منجر می‌شود. این افراد اعمال غیر عادی و خطرناک خود را به طور ناگهانی ظاهر نمی‌سازند، بلکه با مقدمات غیر قابل اهمیت و جزیی شروع کرده، اما به تدریج بر حدت و شدت آن می‌افزایند. در این بیماران انگیزه‌ی پرخاشگری و شهوت از یکدیگر جدا نیست، بلکه مکمل و لازم و ملزوم یکدیگرند، به گونه‌ای که تشقی یکی از آنها، ارضای دیگری را به دنبال دارد (هاشمی فرد، ۱۳۶۳: ۲۲۰؛ گودرزی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۲۳۶).

مبتلا از تحقیر و آزار دیگران لذت برده و در نتیجه با پایمال کردن شخصیت آن‌ها ارضا می‌شود و نیز سادیسیم بدنی یا فیزیولوژیک که فرد مبتلا دیگران را آزار جسمی داده و از ضرب و جرح ساده تا قتل و سوزاندن افراد مورد نظر خود پیش می‌رود، از جمله مصادیقی است که تمکین نکردن زوجه را توجیه می‌کند؛ زیرا این پدیده به هر شکل ممکن - چه از نوع روانی و چه از نوع جسمی - باعث ورود ضرر و زیان به زوجه می‌شود (گودرزی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۲۷۶؛ دیبایی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۳۴۵). گرچه در متون فقهی و حقوقی در خصوص انحرافات یادشده مبحث مستقلی وجود ندارد، لیکن اطلاق قاعده لاضرر، انواع زیان‌ها از جمله زیان جسمی و زیان روانی را شامل می‌شود و طبعاً به دلیل زیان‌بار بودن این نوع انحراف، برای جلوگیری از ورود زیان، عدم تمکین را تجویز می‌کند.

ب- دیگر آزاری توأم با خودآزاری

در این نوع انحراف، اغلب دو انحراف دیگر آزاری و خودآزاری به صورت توأم رخ می‌دهد و فرد منحرف نه تنها از رنج دادن دیگران بلکه از رنج کشیدن خود نیز لذت می‌برد (گودرزی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۲۸۱). از آنجاکه در این انحراف، مقاربت با آزار بدنی و شکنجه زوجه توأم است، با توجه به توضیحات ارائه شده در بحث پیشین، باید با استناد به قاعده لاضرر حکم به جواز عدم تمکین خاص زوجه داد.

ج- جنون مقاربت

در جنون مقاربت زوجه یا زوج فعالیت بیش از حد جنسی و تمایلی ممتد به آن دارد و همه امور زندگی خود را در اطراف این فعالیت متمرکز می‌کند (دانش، ۱۳۸۱: ۱۹۳) بر این اساس، جنون مقاربت تمایل تسکین‌ناپذیر جنسی است که موجب اختلال در وضع شغلی، خانوادگی و اجتماعی مبتلایان به آن می‌شود. منحرفان مذکور تمام وقت خود را مصروف امور جنسی کرده و از ارتکاب انواع انحرافات و هرزگی‌های ابایی ندارند (گودرزی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۳۰۳). در صورتی که زوج دچار انحراف جنون مقاربت بوده و این امر موجبات اضرار زوجه را، اعم از ضرر بدنی یا روانی فراهم آورد، باید اذعان داشت که به استناد قاعده لاضرر زوجه از تمکین خاص معاف است.

د- وطی در دبر

در حال حاضر، دانشمندان علوم پزشکی و روان‌پزشکی این شیوه مقاربت را نوعی انحراف تلقی کرده و به تفصیل از عوارض سوء جسمی و روانی وارد بر زوجه در نتیجه چنین عملی سخن به میان می‌آورند. مشهور فقهای امامیه حکم وطی در دبر را کراهت دانسته‌اند (علم الهدی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۲۳۳؛ طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۳۸؛ حلبی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۳۶۱؛ حلبی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۶۰۶) لیکن در مقابل، برخی از فقها همچون ابن حمزه، ابی الفتوح، راوندی و ابی المکارم با توجه به منطوق روایتی که

در این زمینه وارد شده است، قائل به حرمت آن شده‌اند (یوسفی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۰۵). صرف‌نظر از اختلاف فتوا در این بحث، با توجه به آسیب دیدن زوجه در چنین مقاربتی و عوارض آن، قاعده لاضرر امتناع وی از این نوع را تجویز می‌کند (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷: ۱۳).

بحث و نتیجه‌گیری

قاعده لاضرر، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی، نقش مهمی در رفع ضررهای ناشی از تمکین خاص و نشوز زوجه دارد. مطابق این قاعده فقهی، هرگاه تمکین خاص زوجه مستوجب ورود ضرر به وی باشد، می‌تواند از تمکین خودداری نموده و این امر باعث ناشزه شدن زوجه نمی‌شود؛ لذا استحقاق او بر دریافت نفقه را نیز زایل نمی‌کند. بیماری زوجین و انحرافات جنسی زوج، از جمله مواردی است که اگر مستلزم ورود ضرر باشد، قاعده لاضرر لزوم تمکین را تخصیص می‌زند و در این حالت، زوجه در حد رفع ضرر، مجاز به عدم تمکین می‌شود.

همچنین اگر زوجه نیز نشوز را در پیش گیرد، شریعت اسلامی برای جلوگیری از ورود زیان به زوج، اسقاط نفقه زوجه و تنبیه او را جایز شمرده است. لیکن این تنبیه نباید موجب ورود ضرر جسمی به زوجه شود. مضافاً آن‌که تنبیه بدنی زوجه غالباً با حسن معاشرت و استحکام بنیان خانواده سازگار نیست. در حقیقت منظور شریعت اسلامی از این حکم در قرآن کریم، تنبیه بدنی به معنای مصطلح امروزی نیست، بلکه تنبیه خاصی است که بیشتر تأثیر روانی و عاطفی دارد، نه آسیب جسمی.

بنابراین اگر اعمال حق یکی از زوجین و یا سوءاستفاده از حق خود، موجب ورود ضرر و زیان به دیگری باشد، مبتنی بر قاعده لاضرر و اصل (۴۰) قانون اساسی، زوج یا زوجه در قبال ضررهای وارده به دیگری، ضامن خواهد بود. لذا قانون‌گذار می‌تواند علاوه بر اسقاط نفقه یا تنبیه بدنی برای زوج و یا جواز عدم تمکین خاص برای زوجه در موارد ورود ضرر و زیان به دیگری، در این زمینه قانون‌گذاری نماید و جبران خسارت نماید. لذا پیشنهاد می‌شود که در قانون مدنی، صریحاً برخی حالات همچون بیماری زوجین و یا در صورتی که زوج انحرافات جنسی داشته باشد و مبادرت به تمکین، مستلزم ورود ضرر باشد، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیقی که زوجه می‌تواند از تمکین خودداری نماید، ذکر شود تا موجب تشتت آرای قضایی نگردد. همچنین ضرب و شتم زوجه به‌عنوان یکی از مصادیق مغایر حسن معاشرت در قانون تصریح گردد تا برخی اشخاص نتوانند با توسل به برخی فتاوی و نگاهی سطحی به آیه ۳۴ سوره مبارکه نساء ضرب و شتم زوجه را توجیه شرعی کنند.

منابع

- ◀ قرآن کریم.
- ◀ ابن اثیر الجزری، مبارک بن محمد، فی غریب الحدیث و الأثر، قم: اسماعیلیان، بی تا.
- ◀ ابن بابویه قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق)، (۱۴۱۵ ق). المقنع، قم: مؤسسه امام مهدی (عج).
- ◀ _____ (۱۴۰۴ ق). من الفقیه، قم: جامعه مدرسین.
- ◀ ابن منظور الافریقی المصری، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ق). لسان العرب، بیروت: بی تا.
- ◀ ابهری، حمید و محمد صالح صفایی، (۱۳۹۱). «موارد موجه عدم تمکین زوجه در حقوق ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۹، ش ۳۰.
- ◀ اصفهانی، بهاء‌الدین (فاضل هندی)، (۱۴۰۵ ق). کشف اللثام، قم: مکتبه آیه الله مرعشی نجفی.
- ◀ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: جماعه المدرسین.
- ◀ جابری عربلو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، تهران: سپهر، بی تا.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن جماد و محمد بن ابی بکر مختار، (۱۳۶۳ ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، تهران: ناصر خسرو.
- ◀ جبعی العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۳۸۳ ق). تحریر الروضة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تهران: سمت.
- ◀ _____ (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- ◀ جعفر زاده، علی، (۱۳۹۰). دوره حقوق مدنی - حقوق مدنی خانواده نکاح و انحلال آن، تهران: جنگل جاودانه.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶). دانشنامه حقوقی، تهران: امیرکبیر.
- ◀ جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۸۸). تسنیم، تفسیر قرآن کریم، قم: اسراء.
- ◀ حسنی، علیرضا، (۱۳۸۸). حقوق متقابل زوجین در روابط زناشویی، دامغان: دانشگاه آزاد اسلامی.
- ◀ حلبی، حمزه بن علی بن زهره، (۱۴۱۷ ق). غنیة النزوع الی علم الأصول و الفروع، قم: امام صادق (ع).
- ◀ حلبی، حسن بن یوسف (علامه حلبی)، (۱۴۱۳ ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: حوزه علمیه قم.
- ◀ _____. تحریر الاحکام الشرعیة، مشهد: آل‌البيت، بی تا.
- ◀ حلبی، محمد بن حسن (فخر المحققین)، (۱۳۸۹ ق). ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم: اسماعیلیان.
- ◀ حلبی، نجم‌الدین (محقق حلبی)، (۱۴۰۸ ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان.

- ◀ خراسانی، محمدکاظم (آخوند)، (۱۴۱۴ ق). کفایة الاصول، قم: مؤسسه نشر الاسلامی التابعه الجماعة المدرسین.
- ◀ خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین، قم: مهر.
- ◀ دانش، تاج الزمان، (۱۳۸۱). مجرم کیست، جرم شناسی چیست، تهران: کیهان.
- ◀ دیبایی، امیر، (۱۳۸۱). چکیده طب قانونی، اهواز: دانشگاه علوم پزشکی.
- ◀ الرازی، عبدالقادر محمدبن ابن بکر، (۱۴۱۵ ق). مختار الصحاح، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ راغب اصفهانی، ابوالقاسم، (۱۴۰۴ ق). المفردات فی غریب القرآن، بی جا: نشرالکتاب.
- ◀ صدر، سید محمدباقر، (۱۴۲۰ ق). قاعده الضرر و الضرار، قم: دارالصادقین للطباعة و النشر.
- ◀ صفایی، حسین و اسدالله امامی، (۱۳۹۸). مختصر حقوق خانواده، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ◀ طباطبایی، سید محمدحسین، (۱۳۷۴). المیزان فی تفسیر القرآن، قم: جامعه مدرسین.
- ◀ طریحی، فخرالدین بن محمد، (۱۳۷۵ ق). مجمع البحرین و مطلع النیرین، تهران: مرتضوی.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۷ ق). الخلاف، قم: اسلامی.
- ◀ _____ (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مکتبه المرتضویه.
- ◀ غلاسوند، فریبا، (۱۳۸۶). زنان در موازنه حق و تکلیف، تهران: نیستان.
- ◀ علم الهدی، مرتضی، (۱۴۰۵ ق). رسائل، مهدی رجایی (محقق)، قم: دارالقرآن.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۵۹). فرهنگ فارسی عمید، تهران: امیرکبیر.
- ◀ فخر رازی، محمد بن عمر، تفسیر کبیر، بیروت: دار احیاء العربی، بی تا.
- ◀ فرحزادی، علی اکبر و جواد ابراهیمی، (۱۳۹۸). «بازپژوهی استنباط احکام خانواده با توجه به اصل استحکام خانواده». مطالعات راهبردی زنان، د ۲۲، ش ۸۶.
- ◀ فضل الله، محمدحسین، (۱۴۲۱ ق). تأملات اسلامیه حول المرأة، بیروت: دارالملاک.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۹ ق). اصول الکافی، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- ◀ گودرزی، فرامرز، (۱۳۷۷). پزشکی قانونی، تهران: انیشتین.
- ◀ محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۳). قواعد فقه - بخش مدنی، تهران: سمت.
- ◀ محقق سبزواری، محمدباقر، (۱۳۹۰ ق). کفایة الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ مشکینی، علی، (۱۳۷۱). اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: نشر هادی.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۶۷). تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۸۷). مجموعه پرسش ها و پاسخ های حقوقی در امور خانواده، تهران: جنگل جاودانه.
- ◀ معین، محمد، (۱۳۸۶). فرهنگ فارسی، تهران: بهزاد.

- ◀ مقرئ الفيومی، احمد بن محمد، (۱۴۱۴ ق). مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر الرافعی، قم: دارالهجره.
- ◀ موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۹). تحریر الوسیله، قم: دارالعلم.
- ◀ _____ (۱۴۱۰ ق). الرسائل، قم: اسماعیلیان.
- ◀ _____ (۱۴۱۴ ق). بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ◀ مهاجری، مریم، (۱۳۹۸). ظرفیت فقهی قاعده لاضرر در رفع ضرر و زیان ناشی از روابط زوجین، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- ◀ مهاجری، مریم و عزت السادات میرخانی، (۱۳۹۸). ظرفیت فقهی قاعده لاضرر در رفع ضرر و زیان ناشی از روابط زوجین، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ نجفی خوانساری، موسی، (۱۴۰۸ ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات ابیات میرزا محمد حسین نائینی)، قم: اسلامی.
- ◀ نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۷ ق). عوائد الایام فی بیان قواعد استنباط الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: مکتب العالم الاسلامی.
- ◀ نقیبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۸۶). «سوءاستفاده از حق در نظام حقوق خانواده از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۴۷.
- ◀ یوسفی، زین الدین ابی علی الحسن بن ابیطالب، (۱۴۱۰ ق). کشف الرموز، قم: جامعه المدرسین قم.

ازدواج سفید از منظر فقهی - حقوقی

علی نصرتی*، سید ابوالقاسم حسینی زیدی**، موسی لشنی***

چکیده

ازدواج سفید آن است که طرفین بدون عقد نکاح شرعی یا مفقود بودن یکی از شروط نکاح، اقدام به تشکیل زندگی مشترک می‌کنند و از آنجا که آمار آن در جامعه کنونی ما رو به فزونی است لازم است ابعاد فقهی و حقوقی این پدیده مورد مذاکره قرار بگیرد. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی درصدد بررسی اهمیت ازدواج سفید در فقه و حقوق است. یافته‌های پژوهش نشان داد که ازدواج سفید همواره به دلیل نداشتن یکی از ارکان ازدواج صحیح شرعی از نظر فقهی و قانونی اساساً ازدواج شمرده نمی‌شود چراکه در ازدواج سفید سه حالت را می‌توان تصور کرد و هر سه حالت هم فاقد یک یا چند رکن هستند: در حالت اول طرفین بدون قصد ازدواج اقدام به همباشی می‌کنند؛ در حالت دوم گرچه به قصد ازدواج اقدام به همباشی می‌کنند لکن ایجاب و قبول لفظی وجود ندارد (برخی این قسم را همان نکاح معاطاتی می‌دانند)؛ و در حالت سوم نیز گرچه هم قصد و هم لفظ وجود دارد اما سایر ارکان ازدواج شرعی مثل اذن پدر برای دختر باکره یا ذکر مهر و مدت در ازدواج موقت وجود ندارد.

واژگان کلیدی

نکاح، ازدواج سفید، فقه، اسلام، ایران، همباشی.

*. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده‌ی مسئول)
(nosratiali55@gmail.com)

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (Abolghasem.6558@yahoo.com)

*** کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (m.Lashani68@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۲۶

۱- مقدمه و بیان مسئله

ازدواج عملی است که پیوند بین دو جنس مخالف را بر پایه‌ی روابط پایای جنسی موجب می‌شود و مستلزم انعقاد قراردادی اجتماعی است که موجب مشروعیت روابط جسمانی می‌شود (مقصودی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۳۴). به عبارت دیگر ازدواج امری است که از ابتدای خلقت بشر وجود داشته و کماکان ادامه دارد. ازدواج با توجه به نزول ادیان مختلف در ادوار متفاوت زندگی بشری تحت تأثیر قواعد و احکامی که از جانب خداوند نازل شده قرار گرفته است. در شریعت اسلام نیز شرایط خاصی برای انشا عقد نکاح در نظر گرفته شده است.

در طول تاریخ، تلاش‌های بسیاری انجام شد تا صورت‌های نامشروع و غیرقانونی از ازدواج بروز و ظهور یابد. اسلام ضمن تمییز صورت‌های مشروع این نهاد مقدس از صورت‌های نامشروع آن، به همان میزان که بر تحقق صورت‌های مشروع آن تأکید کرد، بر صورت‌های نامشروع آن مهر بطلان زده و از وقوع آن به شدت نهی فرموده است (عظیم‌پورمقدم و پاپی‌نژاد، ۱۳۹۸: ۷۰).

در چند دهه اخیر نهاد خانواده و ازدواج در جهان تحولات گسترده‌ای داشته است؛ تحولاتی که ریشه آن را باید در انقلاب جنسی اواخر دهه ۱۳۱۰ در کشورهای اروپایی و آمریکایی جست‌وجو کرد (رمضانی‌فر و آدیش، ۱۳۹۷). مقایسه‌ی نگرش‌ها و ارزش‌های مرتبط با ازدواج نسل مادران با نسل دختران در ایران امروز با توجه به تغییرات رفتاری و نگرشی خانواده در چند دهه‌ی اخیر نیز نشان می‌دهد که نسل امروز به طور متفاوتی در معرض این تغییرات بوده است (گروسی و یاری‌نسب، ۱۳۹۹: ۱۳۳).

در عصر حاضر نیز پدیده‌ای جدید به نام ازدواج سفید در حال گسترش است که منظور از چنین ازدواجی، ازدواج بدون صیغه (ایجاب و قبول لفظی) است و در واقع زن و مرد بدون ازدواج رسمی باهم زندگی می‌کنند یا اگر هم صیغه لفظی باشد یکی از شرایط مفقود است. البته این سبک زندگی در ایران به علت گرایش‌ها مذهبی و عرفی جامعه به‌طور مخفیانه انجام می‌شود و آمار دقیقی از تعداد این نوع ازدواج در جامعه در دست نیست.

سؤالاتی در مورد این پدیده نیاز به بررسی دارد که اولاً برای ازدواج سفید چه مصادیق حالاتی را می‌توان در نظر گرفت و ثانیاً آیا می‌توان وجه صحتی را برای این حالات و مصادیق در قانون یا شرع پیدا کرد؟ آنچه در ابتدای امر جلب توجه می‌کند این است که همواره در ازدواج سفید رکنی از ارکان ازدواج شرعی مفقود است چراکه دختر و پسر یا بدون قصد ازدواج اقدام به همباشی می‌کنند یا با قصد ازدواج و در این حالت یا ایجاب و قبول لفظی هم به کار می‌برند یا به کار نمی‌برند و اگر هم قصد و هم لفظ را به همراه داشته باشند سایر ارکان از جمله اذن ولی

برای دختر باکره را ندارند زیرا اگر سایر ارکان هم موجود باشد به لحاظ موضوعی از ازدواج سفید خارج شده و در ازدواج شرعی داخل می‌گردد.

به دنبال این بحث، سؤال دیگری که لازم به پاسخ دادن است این است که آیا در فقه می‌توان سابقه و ردپایی از ازدواج سفید یافت یا اینکه ازدواج سفید ره‌آورد مدرنیته برای کشورهای جهان است و هیچ سابقه یا مشابهتی در اقوال فقها پیرامون آن دیده نمی‌شود؟ و اگر سابقه‌ای در فقه وجود دارد فقها تحت چه عنوانی به بررسی پیرامون آن پرداخته‌اند و در نهایت به چه حکمی رسیده‌اند؟

در مورد آثار و پیامدهای فقهی و حقوقی ازدواج سفید پژوهش‌هایی صورت گرفته است ولی ماهیت و انواع آن مورد غفلت قرار گرفته است؛ لذا در این جستار برآنیم که انواع ازدواج سفید را با توجه به آموزه‌های فقهی و حقوقی بیان کرده و ماهیت آن در فقه و حقوق اسلامی را مورد مذاقه قرار دهیم. در حالی که در مقالات سامان یافته در این زمینه ازدواج سفید را از لحاظ حقوق کیفری مورد بررسی بوده و مباحث فقهی در مورد آن کمرنگ است.

۲- مفهوم شناسی ازدواج

در این قسمت برخی از مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با پژوهش از جمله لفظ ازدواج، لفظ سفید و اصطلاح ازدواج سفید تبیین و تشریح می‌گردد.

۲-۱- لفظ ازدواج

لفظ «ازدواج» معادل فارسی نکاح است. ازدواج بر وزن افتعال مصدر باب افتعال است از ریشه «زَوَجَّ» و حروف اصلی آن «ز و ج» است و از منظر علمای لغت زوج به معنای جفت است در مقابل فرد (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۲۹۱؛ جوهری، ۱۴۱۰ق ج ۱: ۳۲۰؛ ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ۳۵؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۳۸۵) صاحب کتاب التحقيق فی کلمات القرآن الکریم چنین آورده است: «ازدواج یک تعهدی از جانب مرد و زن است که بر طبق یک مقررات تعهدآور است که بینشان تشکیل شده حال یا این تعهد بر طبق دین است یا عرف، البته زمانی بر طبق عرف است که هیچ‌کدام متدین نباشند تا بتوانند با یکدیگر در تمامی جهات زندگی کنند» (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۲: ۲۳۴).

با دقت در کتب فقهی و حقوقی به‌خوبی روشن می‌شود که واژه ازدواج با نکاح یکی دانسته شده است. اکثر فقها تعریفی برای نکاح و ازدواج ارائه نکرده‌اند؛ ممکن است علت این سکوت روشن بودن مفهوم نکاح بوده است. علامه حلی در تحریر الاحکام می‌نویسد: «اقترب به‌واقع آن است که نکاح در معنای عقد حقیقت است و در معنای وطی مجاز است» (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳: ۴۱۳). صاحب

کشف اللثام نیز بعد از بیان معنای لغوی نکاح می‌گوید: «لفظ نکاح در شرع حقیقت در عقد است بنا بر اشهر» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ۷).

در قانون مدنی هم برای واژه نکاح تعریفی ارائه نشده است. ولی در اصطلاح حقوقدانان نکاح بیشتر به معنای ازدواج به کار می‌رود و کمتر از آن به معنای وطی و نزدیکی استفاده شده است. به‌هرحال برای نکاح در اصطلاح حقوق تعاریفی بیان شده است که به یکی از آن‌ها اشاره می‌شود: «نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، باهم متحد می‌شوند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۲۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۷۲۱؛ امامی، بی تا، ج ۴: ۲۶۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲).

علی‌رغم تعاریف متعدد از نکاح به نظر می‌رسد بتوان نکاح را این‌گونه تعریف کرد: نکاح قراردادی لفظی است که به موجب شرع باعث حلیت مرد و زن نسبت به یکدیگر می‌گردد. تأکید بر کلمه «لفظی» در تعریف فوق نشئت گرفته از لزوم به کار بردن لفظ در عقد نکاح، میان فقها و همچنین قانون مدنی است؛ همچنین عبارت لفظ در تعریف فوق حاکی از اراده باطنی است که جامه ظاهر به تن کرده و نمود خارجی یافته است. همچنین عبارت لفظ تعیین‌کننده دائم یا موقتی بودن نکاح است.

۲-۲- لفظ سفید

واژه سفید در لغت ناظر بر رنگ سفید در مقابل سیاه است و در اصطلاح رنگ سفید تداعی‌کننده پاکی، نورانیت، بی‌گناهی و صلح است و در اکثر ملیت‌ها نماد معصومیت و بکارت است (فهیمی، ۱۳۹۶: ۳).

۲-۳- اصطلاح ازدواج سفید

برای ازدواج سفید^۱ معادلی در فرهنگ آکسفورد دیده نمی‌شود. معنای غربی آن کاملاً متفاوت است و به ازدواج‌هایی دلالت دارد که با انجام مراسم قانونی برای دور زدن قانون مهاجرت یا مسائل دیگر از آن استفاده می‌شود. اما چیزی که از آن به زندگی مشترک زن و مرد به همراه روابط جنسی بدون ازدواج یاد می‌شود در فرهنگ آکسفورد «همباشی»^۲ آمده است^۳، یعنی حتی فرهنگ غرب نیز این رابطه را ازدواج نمی‌داند و «همباشی» تعریف می‌کند (شریفی، ۱۳۹۳).

1 . white marriage

2 . cohabitation

3 . Live together and have a sexual relationship without being married

به نظر برخی «ازدواج سفید»^۱ واژه‌ای فرانسوی است که به زندگی مشترک یک زن و مرد اشاره دارد بدون آن‌که پیوندی قانونی و شرعی بین آن‌ها منعقدشده باشد (مهر ۱۳۹۵ // <https://www.ghatreh.com>).

همباشی زمانی که دو فرد مجرد از دو جنس متفاوت قبل از ازدواج باهم زندگی می‌کنند، اتفاق می‌افتد. این برای افرادی است که به تعهد اجتماعی و شخصی که ازدواج لازم دارد تمایل ندارند. به عبارت بهتر مفهوم ازدواج سفید دلالت بر زندگی مشترک بدون ازدواج دارد که تعهد و استحکامی در آن نیست و دو طرف خود را در برابر هم پایبند و مسئول نمی‌دانند و سوءاستفاده در آن زیاد است (قنبریان، ۱۳۹۶: ۳).

۳- انواع ازدواج سفید و بررسی فقهی و حقوقی آن‌ها

همان‌طور که در مقدمه اشاره شد در یک تقسیم‌بندی می‌توان گفت: در ازدواج سفید یا طرفین قصدی برای ازدواج شرعی دارند یا چنین قصدی ندارند و آنجا که قصد برای ازدواج شرعی دارند یا لفظ به کار می‌برند یا لفظ به کار نمی‌برند؛ بنابراین طبق این تقسیم‌بندی ابداعی و در طی سه عنوان مجزا به بررسی فقهی و حقوقی ازدواج سفید می‌پردازیم:

الف - حالتی که اساساً طرفین هیچ‌گونه قصدی برای ازدواج شرعی ندارند.

ب- صورتی که طرفین قصد بر ازدواج دارند اما بدون لفظ؛ به عبارت دیگر این حالت همان نکاح معاطاتی است و شاید بتوان گفت: نکاح معاطاتی در لسان فقها یکی از مصادیق ازدواج سفید محسوب می‌شود.

ج- فرضی که طرفین هم قصد بر ازدواج دارند و هم لفظ را به کار می‌برند اما سایر شرایط محقق نیست.

۳-۱- فقدان قصد ازدواج شرعی

همان‌طور که بیان گردید یکی از مصادیق ازدواج سفید جایی است که طرفین بدون هیچ‌گونه قصدی برای ازدواج صحیح شرعی مدتی را در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و اتفاقاً عمده مصادیق همباشی از این نوع است (فهمی، ۱۳۹۶: ۱). در این راستا ابتدا لازم است نقش اراده در ایجاد عقد به صورت یک قاعده کلی بررسی گردد؛ سپس تفکیک اراده به قصد و رضا و نظریات حاکم در این باب بیان گردد و درنهایت و با استفاده از قواعد عمومی قراردادها در باب قصد و رضا حکم خاص ازدواج سفید در حالت فقدان قصد مورد مذاقه قرار بگیرد.

۳-۱-۱- اراده، قصد و رضا

علمای لغت اراده را از ماده «ر و د» و «ر ی د» به معنای خواستن، قصد داشتن، طلب و برگزیدن، آورده‌اند. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۱۷۷۲؛ فیومی، بی تا، ج ۲: ۲۴۵؛ ابن اثیر، بی تا، ج ۲: ۲۸۸؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۴۷۸). به نظر می‌رسد فقها برای اراده، تعریفی ارائه نکرده‌اند و تنها برخی از فقها اجزای تشکیل‌دهنده اراده را ذکر کرده و ابراز داشته‌اند که اراده همان قصد و رضا است و از شرایط متعاقدان محسوب می‌شود (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۶۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲: ۶۰) اما در اصطلاح حقوق دانان اراده، یک نوع تحریک عصبی و عمل دماغی است که انسان به وسیله آن می‌تواند اموری را انجام دهد (امامی، بی تا، ج ۴: ۱۵).

در فقه اسلامی اهمیت اراده در ایجاد آثار حقوقی به اندازه‌ای است که اگر عاقد، لفظ یا مدلول آن را قصد نکند یا قصد انشاء عقد را نداشته باشد عمل او باطل و غیر نافذ است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۲۹۵؛ تستری، بی تا: ۱۱۴؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۱۴۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳: ۶۵). در قانون مدنی نیز اراده، قصد و رضای طرفین عقد از شرایط اساسی صحت عقد دانسته شده است و نبود اراده و قصد موجب بطلان و عدم نفوذ عقد دانسته شده است (قانون مدنی ایران، مواد ۱۰۷۰، ۱۹۱۰، ۱۹۰). اما قصد در لغت به عزم و توجه و برخاستن به سوی چیزی (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳: ۳۵۵) و همچنین در پیش گرفتن راه و آوردن شیء و چیزی معنا شده است (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۵۲۴). در اصطلاح فقها هم قصد، مصمم شدن به انجام عملی است خواه تصمیم‌گیرنده رضایت به اقدام خود داشته باشد خواه رضایت نداشته باشد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱: ۱۷۷)، در اصطلاح حقوقی قصد انشاء ایجاد امر متصور است (امامی، بی تا، ج ۴: ۱۸۰) در نتیجه می‌توان گفت مراد از قصد در عقود و ایقاعات، قصد انشاء یا اراده ایجاد عقد است.

کلمه رضا در لغت متضاد کلمه سخط و به معنی موافقت و خشنودی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴: ۳۲۳) که معنای دیگر آن اختیار بیان شده است (فیومی، بی تا، ج ۲: ۲۲۹) و اصل این ماده به موافقت میل آدمی به آنچه با آن مواجه است دلالت دارد (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۴: ۱۵۲). برخی از فقهای امامیه قصد و رضا را تحت عنوان «اختیار» می‌آورند و منظور از آن را «قصد به وقوع مضمون عقد از روی طیب نفس در خارج» می‌دانند؛ در این حالت رضا مقابل کراهت است نه مقابل جبر، زیرا اگر مقابل جبر باشد عقد مکره به دلیل خالی بودن از قصد به لحاظ موضوعی خارج از مفهوم عقد است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۳۰۷). برخی دیگر نیز مقصود از «اختیار» را رضا می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۲۲۹).

در اصطلاح حقوقی، رضا به معنای میل قلب به طرف یک عمل حقوقی که در گذشته انجام شده است، یا در حال حاضر در دست انجام است و یا بعداً واقع خواهد شد، می‌باشد. رضا هم به زمان گذشته هم به زمان حال و هم به زمان آینده تعلق می‌گیرد برخلاف قصد انشا که فقط به زمان حاضر تعلق می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۳۵). به عبارت دیگر هنگامی که منافع و مضار کالای مورد نظر سنجیده شد پس از برتری داشتن منافع بر مضار اشتیاق به ایجاد ملکیت کالا پیدا می‌شود این اشتیاق به ایجاد ملکیت را رضا می‌گویند (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۸۰).

۳-۱-۲- حاکمیت قصد و رضای ظاهری یا باطنی

ترجیح قصد و رضای باطنی بر قصد و رضای ظاهری و بالعکس و تأثیر آن بر عمل حقوقی از موضوعات مهم در این باب است. در اکثر موارد قصد و رضای باطنی بر ایجاد عمل حقوقی با قصد و رضای ظاهری هماهنگ است و به عبارت دیگر در مقام انشا و ایجاد همان چیزی در عالم خارج پدیدار می‌گردد که مورد قصد باطنی بوده است. اما در مواردی بین قصد و رضای ظاهری و باطنی در ایجاد یک عمل حقوقی تعارض وجود دارد مثلاً قصد باطنی بیع است اما این قصد در قالب اجاره انشا می‌شود؛ در این جا باید دید در مقام تعارض کدام یک از دو قصد - باطنی و ظاهری - اصل و حاکم تلقی می‌گردد. طبیعی است در حالت اول ازدواج سفید که اساساً قصدی برای ازدواج شرعی وجود ندارد بحث تعارض قصد ظاهری و باطنی به وجود نمی‌آید.

برخی معتقدند عامل اصلی ایجاد اثر حقوقی قصد و اراده باطنی نیست بلکه الفاظ و افعال است؛ پس اگر شخصی ادعا کند که آنچه در باطن داشتم غیر از آنچه هست که بیان کردم مسموع نخواهد بود زیرا نظم اجتماعی و حقوق نوعی اقتضا می‌کند که افراد به مفاد گفته‌های خود پایبند باشند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۷؛ عاملی، بی تا، ج ۱: ۲۵۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۶۹). در مقابل برخی قائل به حاکمیت قصد و رضای باطنی هستند؛ بر اساس این نظریه عامل اصلی در ایجاد اثر حقوقی قصد و اراده باطنی است و کاشف از این اراده باطنی طریقت دارد نه موضوعیت و الفاظ ایجاب و قبول کاشف از قصد باطنی خواهد بود؛ پس اگر ایجاب و قبول باراده باطنی مغایرت داشته باشد فاقد اثر است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۸۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۲۹۵).

۳-۱-۳- حکم خاص ازدواج سفید در حالت فقدان قصد

پس از بیان قاعده عمومی و کلی در باب لزوم قصد در فقه و حقوق، حال باید دید حکم خاص ازدواج سفید در حالت فقدان قصد مبنی بر ایجاد ازدواج صحیح شرعی چیست؟ در این حالت مشخص است که طرفین قصد و اراده‌ای برای تشکیل خانواده ندارند و صرفاً قصد همباشی موقت

رادارند. همان‌طور که در ابتدای هم بیان گردید در اغلب موارد قصد طرفین همباشی است و عده محدودی برای آشنایی و ادامه زندگی روی به چنین ازدواجی می‌آورند و لذا در فرض همباشی موقت اراده و قصد طرفین برای عقد نکاح مخدوش است و اصلاً قصد و اراده‌ای برای شکل‌گیری این عمل حقوقی ایجاد نشده است؛ پس شرط قصد و رضای طرفین که از شروط صحت نکاح است را ندارد لذا عمل طرفین باطل است.

اما درجایی که قصد ادامه زندگی داشته باشند می‌توان گفت اراده و قصد برای ایجاد عقد و عمل حقوقی نکاح شکل گرفته است؛ این نکته مهم است که برای شکل‌گیری و انعقاد عقد دو عنصر لازم است یکی اراده و قصد و رضا و دیگری آنچه بر این اراده و قصد و رضا دلالت دارد. اعلام اراده در ازدواج سفید به لفظ نیست بلکه به فعل و عمل است. در قانون مدنی در ماده ۱۹۳ درباره جایی که به کار بردن الفاظ برای طرفین ممکن باشد اما طرفین قصد خود را با عمل اظهار کنند آمده است: «انشا معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». اما عقد نکاح به موجب ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی استثناء شده و به صراحت اعلام می‌کند نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول و به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.

پس در فرض قصد طرفین برای ازدواج عنصر اعلام اراده طرفین مخدوش است و شرط صحت را ندارد؛ بنابراین در حالت اول ازدواج سفید به دلیل فقدان قصد، سخن از تعارض میان قصد ظاهری و باطنی بی‌معناست.

۳-۲- ازدواج همراه با قصد و بدون لفظ

در برخی موارد قصد طرفین از همباشی این است که مدتی در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند تا با ارزیابی یکدیگر به این نتیجه برسند که آیا می‌توانند طرف مقابل را به‌عنوان همسر خود انتخاب نمایند یا خیر؟ به عبارت بهتر با این قصد وارد همباشی می‌شوند که با شناخت بهتری از طرف مقابل زندگی مشترک را در قالب ازدواج شرعی آغاز نمایند. در این مسیر ممکن است این قصد همچنان پابرجا بماند و درنهایت به ازدواج صحیح شرعی منتهی گردد و ممکن است با گذر زمان قصد ازدواج شرعی کمرنگ گردیده و درنهایت نابود شود. قریب به همین معنا در فقه امامیه موضوعی تحت عنوان نکاح معاطاتی مورد مذاقه علما قرار گرفته است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱۸۰).

در راستای پژوهش پیرامون حکم ازدواج سفید در حالت قصد بدون لفظ ابتدا لازم است طرق ابراز قصد در عقود و معاملات به طور اعم و نکاح به طور اخص بیان گردد و سپس ادله قائلین به صحت و بطلان نکاح معاطاتی مورد مذاقه قرار بگیرد.

۳-۲-۱- طرق ایجاد قصد و رضا

همان گونه که گفته شد قصد و رضا (اراده) امری باطنی است و در عالم واقع نمی توان بر این امر درونی اثری مترتب شود این امر درونی برای اینکه اثرگذار باشد باید در خارج و واقع ظهور یابد و به وسیله یکی از اسباب متعارف ابراز شود. حال در مسیر تحقق قصد در عالم خارج می توان از راه های متعددی استفاده کرد مثل لفظ، کتابت، اشاره و فعل.

در فقه، الفاظ بهترین وسیله ابراز قصد دانسته شده است و طبق نظر مشهور در عقود و ایقاعات وجود الفاظ لازم است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۱۷). در مقابل برخی از فقها از جمله آیت الله خویی می گوید: حقیقت هر امر انشایی به اعتبار نفسانی وابسته است که با مبرز خارجی ابراز می شود چه این مبرز فعل، قول یا هر وسیله دیگری باشد و معیار این است که عنوان عقد بر آنچه ابراز شده است صدق کند و دلیلی بر تخصیص وسیله ابراز به مورد خاصی وجود ندارد (توحیدی، بی تا، ج ۳: ۱۶). طبق این دیدگاه می توان از هر وسیله عرفی که صلاحیت انشاء عقد داشته باشد برای انعقاد عقود استفاده کرد؛ بنابراین هر عقدی که به وسیله ای متعارف ابراز شده باشد معتبر است.

اما در مورد نکاح وضعیت متفاوت است زیرا فقها اتفاق نظر دارند که در انجام عقد نکاح وقوع ایجاب و قبول لفظی لازم و ضروری است. به عنوان نمونه مرحوم بحرانی می گوید: علمای امامیه و اهل سنت اجماع دارند بر اینکه نکاح بر ایجاب و قبول لفظی متوقف است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳: ۱۵۶). افزون بر فقه طبق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی: «نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج بنماید».

بنابراین اگر طبق قواعد عمومی پیش برویم و نظریه حاکمیت اراده باطنی پذیرفته شود، می توانیم با فرض وجود سایر شرایط قائل به صحت ازدواج سفید شویم؛ اما با توجه به قاعده خاصی که در نکاح وجود دارد و هم در فقه و هم در حقوق به انشاء لفظ تأکید شده است نمی توان هیچ وجهی برای صحت ازدواج سفید در این حالت پیدا کرد؛ در نتیجه این شرط از شرایط صحت نکاح نیز در پدیده ازدواج سفید مخدوش است زیرا مبرز قصد در اینجا فعلی است و گفتیم اجماع فقها و صراحت قانون بر این است که چنین ابرازی مورد پذیرش نیست و تنها با ابراز لفظی قصد طرفین بر نکاح هست که رابطه زوجیت محقق می شود.

۳-۲-۲- حکم ازدواج سفید در مقایسه با نکاح معاطاتی

گفته شد یکی از مصادیق ازدواج سفید، همبازی همراه قصد بدون لفظ است که منطبق بر نکاح معاطاتی در لسان فقها است؛ بنابراین لازم است دیدگاه فقها اولاً و بالذات در مورد نکاح معاطاتی مورد بررسی قرار گیرد تا به تبع آن، ثانیاً و بالعرض حکم ازدواج سفید هم معین گردد. دیدگاه بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه از اعتبار زیادی برخوردار است به گونه‌ای که می‌توان گفت: تقریباً تمام فقهایی که متعرض بحث نکاح شده‌اند، بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۱۹۳؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۰۸؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۸۵۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹: ۱۳۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۷۸).

بعضی با توجه و استناد به تفسیر روایی آیه ۲۱ سوره نساء: «و چگونه آن را باز پس می‌گیرید، در حالی که شما با یکدیگر تماس و آمیزش کامل داشته‌اید و از این گذشته آن‌ها پیمان محکمی از شما گرفته‌اند؟» قائل به بطلان نکاح معاطاتی شده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۴۱۸، ج ۳۳: ۱۲۹). بعضی از محققین و فقها هم بر بطلان نکاح معاطاتی و اینکه در این نوع از عقد لفظی بودن لازم است، به روایاتی (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ۵۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۴۳) استناد کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۸۸؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۳: ۱۲۹). جمع قابل توجهی از فقها نیز برای لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح، به اجماع تمسک کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۷۸: حائری، ۱۴۱۹، ج ۱۰: ۱۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳: ۱۵۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۲۶۹). برخی هم به اصول عملیه استناد کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۶: ۸۴) که تلویحاً بر فقدان دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی اعتراف دارد.

مطابق نظر فقهایی که قائل به بطلان نکاح معاطاتی هستند دیگر جایگاهی برای ازدواج سفید باقی نمی‌ماند چراکه در نکاح معاطاتی که صرفاً لفظ نیست و قصد طرفین با عمل و به صورت آشکار مشخص می‌شود و خانواده طرفین در جریان ازدواج هستند قائل به بطلان هستند؛ پس به طریق اولی در ازدواج سفید در قسمی که طرفین قصد ازدواج دارند اما به خاطر اینکه زیر بار مسئولیت نروند عقدی خوانده نمی‌شود و ثبت نمی‌گردد و اغلب به صورت مخفی و بدون اطلاع - حتی خانواده - صورت می‌گیرد حکم به بطلان چنین ازدواجی می‌دهند.

در مقابل، نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و تقریباً هیچ فقیه صاحب نامی دیده نشده است که قائل به صحت نکاح معاطاتی باشد؛ اما قول نادری مبنی بر صحت نکاح معاطاتی وجود دارد؛ مانند «عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش «انکحت» یا «نکاح کردم» باشد، در صورتی که انجام ازدواج کند، کافی است عمده این

است که معلوم باشد قضیه رفیق‌بازی و زنا در کار نیست، بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدید است، چه دائمش و چه موقتش» (صادقی تهرانی، بی‌تا: ۱۷۳) اگر چنین مطلبی را بپذیریم و ازدواج سفید را هم در کلام فقها حمل بر نکاح معاطاتی نماییم، می‌توان قائل به صحت ازدواج سفید در قسم دوم شد.

۳-۳- ازدواج همراه با قصد و لفظ

آخرین حالتی که برای ازدواج سفید متصور است حالتی است که طرفین با قصد ازدواج در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و علاوه بر آن ایجاب و قبول لفظی را نیز به کار می‌برند؛ اما آنچه در این بین مفقود است سایر شرایط صحت ازدواج صحیح شرعی است. از آنجاکه در این حالت ایجاب و قبول لفظی هم وجود دارد، در ابتدای امر باید بررسی شود آیا هر ایجاب و قبولی می‌تواند باعث انعقاد ازدواج سفید شود؛ پس از بررسی شرایط ایجاب و قبول بایستی سایر شرایط صحت نکاح بررسی گردد: لزوم اذن ولی در ازدواج دختر باکره، لزوم ذکر مهر و مدت در ازدواج موقت.

۳-۳-۱- شرایط ایجاب و قبول لفظی و تطبیق آن بر ازدواج سفید

یکی از شرایط نکاح صحیح شرعی ایجاب و قبول لفظی است اما به جهت حساسیت موضوع نکاح و ارتباط آن با تربیت نسل، فقهای عظام جانب احتیاط را در پیش گرفته و علاوه بر لزوم استعمال لفظ، شرایط دیگری را نیز برای ایجاب و قبول بیان نموده‌اند که در اینجا به شرایط مبتلابه و اساسی اکتفا می‌گردد. این شرایط عبارتند از: عربی بودن لفظ (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۱۱۱؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۴۶)، اعتبار صیغه خاص (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۳۲) و تقدم ایجاب بر قبول (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ۱۴۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ۳۱۹).

بر طبق آنچه بیان شد در حالت سوم ازدواج سفید طرفین علاوه بر قصد، لفظ را هم به کار می‌برند. حال انشاء لفظ در این حالت از دو حال خارج نیست یا شرایط موردنظر در فقه وجود دارد یا این شرایط موجود نیست. اگر طرفین شرایط ایجاب و قبول لفظی را رعایت نکنند و با الفاظ دیگری ایجاب و قبول را بیان کنند مثلاً پسر بگوید «تو را گرفتم» و دختر بگوید «او کی» یا دختر بگوید «تو شوهر من باش» پسر بگوید «چشم» در این صورت قطعاً الفاظ موردنظر شرعی استعمال نشده و وجود این الفاظ کالعدم است؛ به عبارت دیگر اساساً این گونه الفاظ را به حساب نمی‌آوریم و بار فقهی و حقوقی برای آن‌ها قائل نیستیم در نتیجه همان احکام حالت دوم ازدواج سفید - قصد بدون لفظ - را خواهد داشت و ملحق به آن حالت می‌گردد. اما اگر طرفین شرایط

ایجاب و قبول شرعی را مراعات نمایند و ایجاب و قبول را به زبان عربی بیان کنند و از صیغه‌های مخصوص شرعی استفاده نمایند در این صورت حکم حالت سوم ازدواج سفید - قصد همراه با لفظ - را خواهد داشت که در ادامه به بیان آن می‌پردازیم.

۳-۳-۲- اذن ولی در ازدواج و حکم ازدواج سفید

در مورد ضرورت اذن ولی در ازدواج دختر باکره بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۷۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۲۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۵ق: ۴۲۷) لکن با توجه قانون مدنی (ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اصلاحیه ۱۳۶۱) می‌بایست ملتزم به ضرورت اذن ولی شد؛ بنابراین در حالتی که طرفین با قصد ازدواج و انشای صیغه اقدام به ازدواج سفید می‌کنند سه حالت متصور است:

۱- اگر دختر غیر باکره باشد اساساً اذن ولی ساقط می‌شود در این صورت اگر سایر شرایط صحت نکاح هم موجود باشد موضوعات از ازدواج سفید خارج است و داخل در ازدواج صحیح شرعی می‌شود.

۲- اگر دختر باکره باشد و اذن ولی را هم اخذ کرده باشد در صورتی که سایر شرایط صحت نکاح موجود باشد به لحاظ موضوعی از ازدواج سفید خارج می‌شود.

۳- اگر دختر باکره باشد و اذن ولی را نگرفته باشد، باید گفت از آنجاکه هم از نظر فقهی و هم از نظر قانونی اذن ولی در ازدواج ضروری است، ازدواج صورت گرفته باطل است؛ یکی از مصادیق ازدواج سفید در حالت سوم همین مورد سوم است که ملاحظه کردیم چون اذن ولی وجود ندارد، پس ازدواج باطل است.

۳-۳-۳- لزوم ذکر مهر و مدت در ازدواج موقت و حکم ازدواج سفید

نزدیک‌ترین موضوعی که می‌توان در پرتو آن قائل به صحت ازدواج سفید شد، ازدواج موقت است و از آنجاکه در فقه امامیه در صحت ازدواج موقت هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد برخی تلاش کردند تا ازدواج سفید را نوعی ازدواج موقت و از اقسام آن معرفی نمایند زیرا در ازدواج موقت زن و مرد برای مدت مشخصی با یکدیگر پیوند زناشویی برقرار نموده و پس از پایان مدت یا بذل مدت توسط شوهر ازدواج موقت خاتمه می‌یابد. در ازدواج سفید نیز دختر و پسر موقتاً و برای شناخت یکدیگر و به قصد ازدواج مدت‌زمانی را در کنار یکدیگر سپری می‌کنند. اما آنچه در این میان شایسته بررسی است صحت این ادعاست آیا واقعاً ازدواج سفید از اقسام ازدواج موقت محسوب می‌شود و ارکان ازدواج موقت را داراست؟

واضح است که این ادعا در حالات اول و دوم ازدواج سفید اساساً ادعایی بلاوجه است زیرا در حالت اول اساساً قصدی وجود ندارد و در حالت دوم گرچه قصد وجود دارد اما ایجاب و قبول لفظی وجود ندارد بنابراین از همین ابتدا بایستی گفت این ادعا که ازدواج سفید قسمی از اقسام ازدواج موقت محسوب می‌گردد اخص از مدعاست. در ادامه شاخص‌ترین ارکان ازدواج موقت یعنی مدت و مهر مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس با ازدواج سفید تطبیق داده می‌شود و در مقام داوری صحت و بطلان این ادعا بررسی می‌گردد.

در ازدواج موقت مدت باید ذکر گردد به صورتی که احتمال کم‌وزیاد شدن در آن وجود نداشته باشد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۴۴۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰: ۱۷۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۹۰). لکن اگر مدت ذکر نشود، در حکم آن اختلاف نظر وجود دارد (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ۲۶؛ حائری، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱: ۱۰؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۷ق، ج ۶۵: ۲۹۷).

ذکر مهر نیز در ازدواج موقت از ارکان عقد موقت محسوب می‌شود به گونه‌ای که ذکر نکردن آن موجب بطلان عقد می‌گردد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۴۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰: ۱۶۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۸۹).

حال سؤال این است بفرض در همباشی قصد و لفظ وجود داشته باشد آیا می‌توان آن را در قالب ازدواج موقت - که از نظر شرعی صحیح است - در نظر گرفت یا خیر؟

در جواب این سؤال بایستی گفت: در ازدواج سفید طرفین نه تنها زمانی را برای زوجیت خود تعیین نمی‌کنند، بلکه هیچ‌گونه مهریه و حقوق مالی نیز برای زن تعیین نمی‌شود. هم‌چنین در عقد موقت با پایان مدت زمان عقد یا با بخشیدن باقی مدت از طرف مرد، پیمان عقد باطل می‌شود؛ اما در ازدواج سفید همان‌گونه که بیان شد، اصلاً قید زمان ذکر نمی‌شود و رابطه زن و مرد هر زمان که یک‌طرف اراده کند، به پایان خواهد رسید.

بحث و نتیجه‌گیری

در یک تقسیم‌بندی می‌توان گفت در ازدواج سفید یا طرفین قصدی برای ازدواج شرعی دارند یا چنین قصدی ندارند و آنجا که قصد برای ازدواج شرعی دارند یا لفظ به کار می‌برند یا لفظ به کار نمی‌برند.

حالت اول ازدواج سفید زمانی است که اصولاً طرفین قصدی برای ازدواج شرعی ندارند و طرفین بدون هیچ‌گونه قصدی برای ازدواج صحیح شرعی مدتی در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند؛ در اغلب موارد قصد طرفین همباشی است و عده محدودی برای آشنایی و ادامه زندگی روی

به چنین ازدواجی می‌آورند و لذا در فرض همباشی موقت اراده و قصد طرفین برای عقد نکاح مخدوش است و اصلاً قصد و اراده‌ای برای شکل‌گیری این عمل حقوقی ایجاد نشده است. پس شرط قصد و رضای طرفین که از شروط صحت نکاح است را ندارد و در نتیجه عمل طرفین باطل است و ازدواج شرعی قانونی محقق نشده است.

حالت دوم ازدواج سفید قصد بدون لفظ است یعنی قصد طرفین از همباشی این است که مدتی در کنار یکدیگر زندگی می‌کنند تا با ارزیابی یکدیگر به این نتیجه برسند که آیا می‌توانند طرف مقابل را به‌عنوان همسر خود انتخاب نمایند یا خیر؟ به عبارت بهتر با این قصد وارد همباشی می‌شوند که با شناخت بهتری از طرف مقابل زندگی مشترک را در قالب ازدواج شرعی آغاز نمایند. در این حالت اگر طبق قواعد عمومی پیش برویم و نظریه حاکمیت اراده باطنی را بپذیریم، می‌توانیم با فرض وجود سایر شرایط قائل به صحت ازدواج سفید شویم، اما با توجه به‌قاعده خاصی که در نکاح وجود دارد و در فقه و حقوق به انشاء لفظ تأکید شده است نمی‌توان هیچ‌وجهی برای صحت ازدواج سفید در این حالت پیدا کرد. در نتیجه این شرط نیز در پدیده ازدواج سفید مخدوش است. زیرا مبرز قصد در اینجا فعلی است و گفتیم اجماع فقها و صراحت قانون بر این است که چنین ابرازی مورد پذیرش نیست و تنها با ابراز لفظی قصد طرفین بر نکاح است که رابطه زوجیت محقق می‌شود.

این حالت از ازدواج سفید در واقع همانی است که فقها از آن تعبیر به نکاح معاطاتی کرده‌اند؛ دیدگاه بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه از اعتبار زیادی برخوردار است. به‌گونه‌ای که می‌توان گفت که تقریباً تمام فقهایی که متعرض بحث نکاح شده‌اند، بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید نموده‌اند و برای اثبات دیدگاه خود به آیات، روایات، اجماع و اصل عملی تمسک کرده‌اند. با عنایت به پذیرش این دیدگاه می‌توان حکم ازدواج سفید در حالتی که قصد وجود دارد، اما لفظی در کار نیست را به دست آورد زیرا ازدواج سفید در این حالت عبارت اخرای نکاح معاطاتی است. در نتیجه ازدواج سفید هم در صورتی که همراه با قصد بدون لفظ باشد به اجماع نظر فقها باطل است. آخرین حالتی که برای ازدواج سفید متصور است حالتی است که طرفین با قصد ازدواج در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند و علاوه بر آن ایجاب و قبول لفظی را نیز به کار می‌برند، اما آنچه در این بین مفقود است سایر شرایط صحت ازدواج صحیح شرعی مانند اذن ولی و مهر و مدت در ازدواج موقت است.

در حالت سوم ازدواج سفید با در نظر گرفتن اذن ولی باید گفت: اگر دختر غیر باکره باشد اساساً اذن ولی ساقط می‌شود یا اگر دختر باکره باشد ولی اذن ولی را هم اخذ کرده باشد، در این

دو صورت اگر سایر شرایط صحت نکاح هم موجود باشد به لحاظ موضوعی از ازدواج سفید خارج است و وارد ازدواج صحیح شرعی می‌شود؛ لیکن اگر دختر باکره باشد و اذن ولی را نگرفته باشد، باید گفت: از آنجاکه هم از نظر فقهی و هم از نظر قانونی اذن ولی در ازدواج ضروری است؛ بنابراین ازدواج صورت گرفته باطل است.

در حالت سوم ازدواج سفید و با در نظر گرفتن مهر و مدت بایستی گفت: در ازدواج سفید طرفین نه تنها زمانی را برای زوجیت خود تعیین نمی‌کنند، بلکه هیچ‌گونه مهریه و حقوق مالی نیز برای زن تعیین نمی‌شود. همچنین در عقد موقت با پایان مدت زمان عقد یا با بخشیدن باقی مدت از طرف مرد، پیمان عقد باطل می‌شود، اما در ازدواج سفید اصلاً قید زمان ذکر نمی‌شود و رابطه زن و مرد هر زمان که یک‌طرف اراده کند، به پایان خواهد رسید.

پیشنهاد‌های پژوهش

در نهایت با توجه به یافته‌های پژوهش پیشنهاد می‌شود:

۱- آسان کردن ازدواج در جامعه و از بین بردن یا به حداقل رسانیدن تجملات شروع زندگی که می‌تواند منجر به ترغیب جوانان به سوی ازدواج شرعی و قانونی شود. منظور از ازدواج آسان این است که روند ازدواج با سهل‌گیری و تلاش برای کم کردن موانع در مسائل مالی و اجرایی ازدواج طی شود.

۲- با توجه به روند افزایشی همباشی مخصوصاً در شهرهای بزرگ، افزایش معرفت و شناخت و اطلاعات نسبت به تبعات حقوقی و شرعی ازدواج سفید برای خانواده‌ها و به خصوص جوانان امری ضروری است و در نهایت باید هدف اصلی تبدیل ازدواج موسوم به سفید به ازدواج قانونی آسان و نهادهای زوجیت موجود در قالب ازدواج شرعی باشد.

منابع

- ◀ قانون مدنی
- ◀ ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، *النهایه فی غریب الحدیث و الأثر*، اول، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- ◀ ابن فارس، ابو الحسین احمد بن زکریا، (۱۴۰۴ ق). *معجم مقاییس اللغة*، اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ◀ ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*، سوم، بیروت: للطباعة و النشر و التوزیع.
- ◀ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، اول، تهران، انتشارات اسلامی، بی تا.
- ◀ انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ ق). *کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)*، اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ◀ _____ (۱۴۱۵ ق). *کتاب النکاح*، اول، قم: موسسه باقری.
- ◀ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة فی احکام الطاهره*، اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ تستری، اسدالله، *مقاییس الأنوار و نفائس الأسرار*، اول، قم: موسسه آل البيت «علیهم السلام»، بی تا.
- ◀ توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه (المکاسب)*، (تقریرات درس آیت الله خویی)، اول، نجف اشرف: انتشارات آداب، بی تا.
- ◀ جعفری لنگرودی، (۱۳۷۲). *محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق*، ششم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ ق). *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه*، اول، بیروت: دارالعلم للملایین.
- ◀ حائری، سید علی بن محمد، (۱۴۱۹ ق). *ریاض المسائل (ط - الحدیثه)*، اول، قم: موسسه النشر الإسلامی.
- ◀ حسینی شیرازی، محمد، (۱۴۰۷ ق). *الفقه موسوعه استدلالیه فی فقه الاسلامی*، بیروت: دارالعلوم.
- ◀ حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعہ*، قم: موسسه آل البيت «علیهم السلام».
- ◀ حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*، اول، قم: موسسه امام صادق «علیه السلام».
- ◀ موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۹ ق). *کتاب البیع*، اول، تهران: موسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی.
- ◀ _____ *تحریر الوسیله*، اول، قم: موسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- ◀ خویی، سید ابوالقاسم، *موسوعه الإمام الخوئی*، (۱۴۱۸ ق). اول، قم: موسسه احیاء آثار الإمام خویی.

- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ ق). *مفردات الفاظ القرآن*، اول، لبنان - سوریه: دارالعلم الدار الشامیه.
- ◀ رمضان‌ی فر، حدیثه و آدیش، محمدعلی، (۱۳۹۷). *مطالعه تجربه زیسته افراد در مورد ازدواج سفید در ایران*، مطالعات توسعه اجتماعی - فرهنگی، د ۷، ش ۱.
- ◀ شریفی، هادی، همباشی سیاه چگونه ازدواج سفید شد، بخش تعاملی جامعه خبری تحلیلی الف ۱۳۹۳/۶/۲۰.
- ◀ صادقی تهرانی، محمد، رساله توضیح المسائل نوین، قم: انتشارات فرهنگ اسلامی، بی تا.
- ◀ عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، مصحح: سید عبدالهادی حکیم، اول، قم: کتابفروشی مفید، بی تا.
- ◀ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرایع الاسلام*، اول، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ◀ _____ (۱۴۱۳ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، اول، قم: کتابفروشی داوری.
- ◀ عظیم پورمقدم، عظیم و فاطمه پایی نژاد، (۱۳۹۸). «راهکارهای مقابله با ازدواج سفید از منظر قرآن و روایات»، *مطالعات راهبردی زنان*، د ۲۱، ش ۸۴.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، (۱۳۸۷ ق). تهران: المکتبه المرتضویه.
- ◀ _____ (۱۳۶۵ ق). *تهذیب الاحکام*، چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- ◀ فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام*، اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ فهیمی، اکبر، (۱۳۹۶). *بررسی حقوقی ازدواج سفید*، دومین همایش بین المللی و چهارمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی، تهران: دانشگاه تهران.
- ◀ فیومی، احمد بن محمد مقری، *الم صباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، اول، قم: منشورات دارالرضی، بی تا.
- ◀ قنبریان، مهدی، (۱۳۹۶). *بررسی ازدواج سفید در نظام حقوقی ایران و غرب (مدرنیته)*، *مطالعات حقوق*، ش ۱۷.
- ◀ کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۸). *حقوق خانواده*، اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴ ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، دوم، قم: موسسه آل البيت «علیهم السلام».
- ◀ گروسی، سعیده، فاطمه یاری نسب، (۱۳۹۹). «تفاوت نسلی نگرش به ارزش‌های ازدواج و عوامل موثر در آن در زنان ساکن شهر یاسوج»، *مطالعات راهبردی زنان*، د ۲۲، ش ۸۷.
- ◀ محقق حلی، ابوجعفر نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۹ ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، دوم، قم: امیر قلم.

- ◀ محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۵). بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، سیزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ حسینی مراغی، میرعبدالفتاح بن علی، (۱۴۱۷ ق). میر عبد الفتاح، العناوین الفقیه، اول، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ◀ مصطفوی، حسن، (۱۴۰۲ ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، اول، تهران: مرکز الکتاب للترجمه و النشر.
- ◀ مغنیه، محمدجواد، (۱۴۲۱ ق). فقه الإمام جعفر الصادق، دوم، قم: موسسه انصاریان.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ ق). انوار الفقاهه (کتاب البیع)، اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب «علیه السلام».
- ◀ مقصودی، سوده، طاهره بازمانده و سید محمد موسوی نسب، (۱۳۹۹). «بررسی رابطه‌ی سبک‌های عشق‌ورزی با سازگاری زناشویی»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۲، ش ۹۰.
- ◀ نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۳ ق). منی الطالب فی حاشیه المکاسب، اول، تهران: المکتبه المحمديه.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ نراقی، احمد، (۱۴۱۵ ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه، اول، قم: موسسه آل البيت «علیهم السلام».
- ◀ یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۲۱ ق). حاشیه المکاسب، دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ◀ «تبعات ازدواج سفید یا هم باشی»، کد مطلب: ۲۳۳۲۵۱، ۲۲، مهر ۱۳۹۵.

► <https://www.ghatreh.com>.

تحلیل و نقد ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی (حرمت ابدی ناشی از ازدواج در ایام عده)

عبدالله بهمن پوری*

چکیده

اگر در ایام عده اقدام به ازدواج شود در دو صورت میان مرد و زن حرمت ابدی به وجود می‌آید. این دو حالت به تبعیت از فقه در قانون مدنی در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ متبلور گردیده است. حالت اول عقد کردن زنی که در عده است حتی اگر نزدیکی صورت نگیرد و حالت دوم جهل به عده اما با وقوع نزدیکی است. در خصوص این مواد ابهامات و سؤالات فراوانی وجود دارد، از جمله اینکه چگونه باوجود اصول و قواعد در خصوص معذور بودن جاهل چنین حکمی در مورد فرد جاهل وجود دارد؟ آیا دخول موجب حرمت باید در زمان عده باشد یا بعد آن هم کفایت می‌کند؟ حکم شرعی فرزندان متولد از چنین نکاحی چیست؟ و از همه مهم‌تر آیا راهکاری برای تخلص از حرمت ابدی وجود دارد؟ یافته‌های این پژوهش حاکی است یکی از راه‌های رهایی از حرمت ابدی این است که معمولاً صیغه‌ی عقد ازدواج، توسط وکیل اجرا می‌گردد. بنابراین، محدوده‌ی وکالت وکیل «ایجاد عقد صحیح» است، نه ازدواجی که فاسد بوده و حرمت ابدی به دنبال داشته باشد. بدین جهت، چنانچه وکیل صیغه‌ی عقد ازدواج فاسدی را اجرا کند، چنین عقدی اثری ندارد و برای تحقق موضوع حرمت باید دخول هم در ایام عده باشد تا حکم حرمت ابدی ثابت شود، پس اگر نزدیکی بعد از پایان گرفتن عده صورت گیرد، زن به منزله‌ی زن شوهردار نبوده و نزدیکی موجب حرمت نیست.

واژگان کلیدی

ازدواج در عده، حرمت ابدی، جهل به حکم، عده.

*. استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران (bahmanpouri10@gmail.com)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۲۲

۱- مقدمه و بیان مسئله

مسئله ازدواج در عده یکی از مسائل فقهی است که ممکن است بر اثر ناآگاهی از احکام شرعی برای زنان و مردان مسلمان اتفاق افتد. این مسئله گاهی تبدیل به یک بحران برای خانواده‌ها می‌شود. شاهد بر این مطلب استفتائات فراوان از مراجع عظام تقلید است. به‌عنوان مثال در سؤالی آمده است: خانمی که عقد موقت داشته و تخلیه رحم کرده است، نمی‌داند که باید عده نگه دارد و بعد از مدتی که از اتمام مدت صیغه گذشته، ازدواج کرده و اکنون متوجه مطلب شده است. با توجه به اینکه سه سال از آن زمان می‌گذرد و نمی‌داند ازدواجش بعد از عده بوده یا در عده صورت گرفته است، آیا این خانم به شوهرش حرام ابدی می‌شود؟ آیا در حکم بین خانمی که علم به نگه‌داشتن عده دارد با خانمی که جاهل به آن است، فرقی وجود دارد؟

که در پاسخ آمده است: اگر نمی‌داند که عقدش در عده واقع شده یا بعد از آن، عقد محکوم به صحت است ولی اگر بداند که عقد در عده واقع شده لیکن نمی‌داند که باید عده نگه‌دارد، آن عقد باطل است و اگر آن مرد با او نزدیکی کرده بر هم حرام مؤبد شده‌اند (پایگاه استفتائات khamenenei.ir).

۱۰۸

به تبعیت از فقه، ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علیه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود». ماده ۱۰۵۱ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: «حکم مذکور در ماده فوق در موردی نیز جاری است که عقد از روی جهل به تمام یا یکی از امور مذکوره فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد. در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی عقد باطل ولی حرمت ابدی حاصل نمی‌شود». در واقع یکی از مشکلات بزرگ در مباحث حقوق خانواده، نکاح در حال عده است. این حادثه بر اثر ناآگاهی نسبت به موضوع و حکم فراوان است و گاه با توجه به حکم شرعی، ولی غفلت از موضوع رخ می‌دهد. به این ترتیب زنی که از همسرش طلاق می‌گیرد، هنوز عده تمام نشده، به عقد مرد دیگری درمی‌آید و آمیزش نیز صورت می‌گیرد. این زن چه بسا که زندگی خوبی را با شوهر دوم، پس از ناکامی در ازدواج اول آغاز کرده و از ازدواج جدید خویش کاملاً راضی و خرسند است و گاه خداوند به آنان فرزندان نیز عنایت می‌کند. پس از مدتی، ناگهان متوجه می‌شوند که ازدواج باطل بوده و حتی بر آن شوهر حرام ابدی شده؛ چون در عده ازدواج کرده و آمیزش نیز حاصل شده است، زیرا ازدواج در عده دیگری در دو صورت موجب حرمت ابدی است: چنانچه عالم به حرمت ازدواج

و عده باشد و در صورتی که جاهل بوده، ولی دخول حاصل شده باشد. بنابراین چاره‌ای جز جدایی همیشگی ندارند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ۱۵۵).

لذا در دو صورت، علاوه بر حرمت و بطلان نکاح، حرمت ابدی نیز ایجاد می‌شود. امام خمینی در این رابطه بیان می‌دارند: «رجعی باشد یا بائن، در عده‌ی وفات باشد یا در غیر آن، از ازدواج دائم باشد یا از منقطع یا از وطی شبهه باشد. پس اگر با او ازدواج نماید چنانچه هر دو، موضوع و حکم را بدانند، به اینکه بدانند که او در عده است و بدانند که در عده ازدواج با او جایز نیست. یا یکی از آن‌ها موضوع حکم و حکم را بدانند، ازدواج باطل است و ابداً بر او حرام می‌شود، چه به او دخول کرده باشد یا نه؛ و همچنین است اگر موضوع و حکم را ندانند یا یکی از آن‌ها را ندانند و به او ولو در دبر دخول نموده باشد؛ و اما اگر به او دخول نکرده باشد عقد باطل است ولیکن بر او ابداً حرام نیست، پس می‌تواند بعد از انقضای عده‌ای که دارد، از نو او را عقد نماید» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۸۳). صاحب جواهر نیز همین مطلب را بیان نموده است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹: ۴۲۸).

شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «هرگاه با زنی که در عده است، با اطلاع و آگاهی بر مسئله، ازدواج کند، باید از هم جدا شوند و بر همدیگر حرام ابدی می‌شوند؛ هر چند آمیزشی صورت نگرفته باشد. مالک (یکی از فقهای معروف عامه) موافق نظریه‌ی ماست و با تمام فقهای عامه در این مسئله مخالفت کرده است. دلیل ما اجماع و اتفاق فقهای شیعه و اخبار و روایات اهل‌البیت علیهم است و در صورت جهل و دخول در زمان عده، نیز باید از هم جدا شوند و حرمت ابدی ایجاد می‌شود. عمر و مالک و شافعی در فتوای قدیم خود هم عقیده‌ی ما هستند؛ ولی در نظریه‌ی جدیدش معتقد است پس از پایان عده می‌توانند از نو عقد بخوانند. همان‌گونه که ابوحنیفه و بقیه‌ی فقهای اهل سنت نظریه‌ی جدید شافعی را پذیرفته‌اند. دلیل ما اجماع فقهای شیعه و مقتضای احتیاط است» (طوسی، ۱۴۰۷ق: مسئله‌ی ۹۸). صاحب جواهر پس از طرح مسئله‌ی ازدواج در عده در حال علم و آگاهی از حکم و موضوع و همچنین در صورت جهل ولی آمیزش در حال عده و حکم به بطلان و حرمت ابدی، می‌فرماید: «هیچ اختلافی بین فقهای شیعه در هیچ‌یک از اموری که ذکر شد نیافتیم. بلکه اجماع و اتفاق آنان، هم اجماع منقول و هم اجماع محصل، در این مورد وجود دارد و این اجماع، علاوه بر روایات فراوان، مستند ما در این فتواست» (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹: ۴۳۱). محقق خویی بیان می‌دارد مسئله اجماعی است و اختلافی در میان مسلمین نیست و این حکم از مواردی است که در کتاب و سنت و اجماع اشکالی در آن نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲: ۱۶۷). شایان ذکر است

با عنایت به اطلاق آیات و روایات این باب و معقد اجماع، فرقی میان اقسام عده و اقسام ازدواج نیست و در همه‌ی موارد تزویج در عده موجب حرمت ابدی است (اشتهاردی، ۱۳۷۷ق، ج ۲۹: ۲۱۱).

۲- روایات مرتبط با حرمت ابدی ناشی از ازدواج در ایام عده

در باب مذکور بیست و دو روایت ذکر شده، که مفاد روایات را می‌توان به چند گروه تقسیم کرد:
الف- روایات دال بر حرمت ابدی به صورت مطلق: «مردی زن مطلقه‌ای را قبل از انقضای مدت عده‌ی او به تزویج خود درمی‌آورد. امام (ع) می‌فرماید: از یکدیگر جدا می‌شوند و آن زن ابداً بر آن مرد حلال نمی‌شود» (خوبی، ۱۳۷۱ق، ج ۳۲: ۱۶۷).

ب- روایات نفی‌کننده‌ی حرمت ابدی به صورت مطلق: «از امام (ع) درباره‌ی زنی سؤال شد که قبل از انقضای عده ازدواج می‌کند. امام (ع) می‌فرماید: از یکدیگر جدا می‌شوند و آن مرد می‌تواند یکی از خواستگاران آن زن باشد (همان: ۱۶۸).

ج- روایات تفصیل در حرمت ابد بین علم و جهل: «از امام (ع) سؤال شد که شنیده‌ایم که پدر شما فرموده اگر مردی زنی را در عده به ازدواج خود درآورد ابداً بر او حلال نمی‌شود، امام (ع) فرمودند این درجایی است که عالم باشد اما اگر جاهل باشد از او جدا می‌شود و زن عده نگه می‌دارد سپس او را با نکاح جدیدی به عقد خود درمی‌آورد (همان).

د- روایات تفصیل در حرمت ابدی بین دخول و عدم دخول: «از مردی سؤال شد که زنی را در ایام عده به ازدواج خود درآورده است. فرمودند: از یکدیگر جدا می‌شوند و اگر دخول صورت گرفته باشد برای زن مهر است و ابداً بر یکدیگر حلال نمی‌شوند و اگر دخول صورت نگرفته باشد چیزی برای زن نیست» (همان: ۲۱۱).

با عنایت به روایات باب ملاحظه می‌گردد که از روایات مطلب واحدی مستنبط نمی‌شود و تعارض شدیدی میان روایات موجود است تا جایی که علما اقدام به جمع میان روایات نموده‌اند.

۲-۱- طریق جمع میان روایات

سید حکیم در جمع میان روایات بیان می‌دارد: «اگر دو قطعه‌ی روایات دسته‌ی سوم و همچنین دو قطعه‌ی روایات دسته‌ی چهارم بیانگر دو حکم الزامی بود: این دودسته متنافی می‌شدند لکن در ما نحن فیه هر چند قطعه اول هر دو طائفه حکم الزامی را بیان می‌کند لکن قطعه دوم آن‌ها بیانگر حکمی ترخیصی است؛ و بین حکم الزامی و حکم ترخیصی تنافی نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۴: ۱۱۷).

مطابق این دیدگاه برخی روایات دال بر حکم الزامی است یعنی روایت حاوی وجوب یا حرمت که حکم الزامی تلقی می‌شوند و برخی دیگر دال بر حکم ترخیصی یعنی غیر از وجوب و حرمت هستند، لذا تعارض مستقر نمی‌شود. لذا این دیدگاه قابل نقد است چراکه تعارض میان روایات مشهود و مستقر است. برخی روایات دخول را علت حرمت ابدی می‌دانند و برخی دیگر صرف نکاح در ایام عده را علت حرمت ابدی می‌دانند. برخی نیز علم و جهل را دخیل در حرمت و عدم حرمت دانسته‌اند.

از منظر آیت‌الله خویی به دو نحو می‌توان بین این روایات را جمع کرد: جمع اول: قطعه اول هر دو گروه از یک جهت مطلق است (گروه سوم در فرض علم، نکاح جدید را حرام می‌داند خواه دخول شده باشد یا خیر و گروه چهارم در فرض دخول، نکاح جدید را حرام می‌داند خواه از دواج سابق عن علم باشد یا خیر) و اگر دلیل خاصی داشتیم که می‌گفت تنها علم با دخول برای حرمت ابدی کافی نیست این دلیل هر دو طائفه را تقیید کرده و شاهد جمع شده و می‌گفتیم علم و دخول به شرط الانضمام موجب حرمت ابدی می‌شوند، پس احد الامرین برای حرمت ابدی کافی نیست. جمع دوم: همچنین قطعه دوم هر دو گروه نیز از جهتی مطلق است، گروه سوم در فرض جهل نکاح جدید را مطلقاً جایز می‌داند ولو دخول انجام شده باشد و گروه چهارم در فرض عدم دخول نکاح جدید را مطلقاً جایز می‌داند هر چند نکاح قبلی عن علم صورت گرفته باشد، اگر دلیل خاصی که در خصوص فرض «دخول مع الجهل» یا «عدم دخول مع العلم» اثبات حرمت ابدی می‌کرد شاهد جمع شده و قطعه دوم گروه سوم و چهارم را تقیید می‌زدیم و می‌گفتیم در فرض جهل در صورتی نکاح جدید جایز است که دخول نشده باشد و همچنین در فرض عدم دخول در صورتی نکاح جایز است که نکاح قبلی عن علم نباشد، در نتیجه، احد الامرین - من العلم و الدخول - برای حرمت ابدی کافی است و اجتماع هر دو امر برای حرمت ابدی لازم نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲: ۱۷۱ و اشتهاردی، ۱۳۷۷ق، ج ۲۹: ۲۱۷).

۲-۲- تحلیل جمع میان روایات

با توجه به اینکه روایات وارده در باب دارای سند صحیح هستند ولی از طرفی تعارض نیز مستقر است با عنایت به قاعده‌ی «اصولی الجمع مها امکن اولی من الطرح» جمع میان روایات ضرورت دارد. نتیجه‌ی جمع میان روایات این است که حرمت ابدی در لسان روایات مقید به دو وجه است اول از جهت علم به حرمت و دوم از جهت دخول. لذا تمام الموضوع برای تحریم ابدی

احد الامرین است اول دخول مطلقاً چه علم داشته باشد و چه علم نداشته باشد و دوم علم به حرمت چه دخول شود و چه دخول نشود. لذا دیدگاه آیت‌الله خوئی مطابق با قواعد و اصول است.

۳- راهکارهای رهایی از حرمت ابدی

معمولاً صیغهی عقد ازدواج، توسط وکیل اجرا می‌گردد. یعنی عروس و داماد به وکیل خود وکالت می‌دهند که صیغهی صحیح نکاح را برای آنان جاری نموده تا بتوانند در کنار هم تا آخر عمر با آرامش خیال زندگی کنند. بنابراین، محدوده‌ی وکالت وکیل «ایجاد عقد صحیح» است، نه ازدواجی که فاسد است و حرمت ابدی به دنبال داشته باشد. بدین جهت، چنانچه وکیل صیغهی عقد ازدواج فاسدی را اجرا کند، چنین عقدی اثری ندارد، زیرا از روی ناآگاهی خارج از محدود وکالتش عمل کرده و صیغه‌ای خوانده که وکالت در آن نداشته است. بنابراین هیچ اثری بر چنین نکاحی باز نمی‌شود. هرچند روابط زناشویی آن مرد و زن روابط حرامی محسوب نمی‌شود، زیرا تصور می‌کردند زن و شوهر هستند و در حقیقت احکام وطی به شبهه را دارد. در یک جمله‌ی کوتاه، آنچه واقع شده (نکاح فاسد) موردنظر عروس و داماد نبوده و آنچه موردنظر عروس و داماد بوده (نکاح صحیح) رخ نداده است. بنابراین در حقیقت عقدی از سوی زوجین نه مباشرتاً و نه وکالتاً انجام‌نشده تا موجب حرمت ابدی شود. این، راهکاری مشروع و هماهنگ با ادله‌ی شرعی است، برای کسانی که مبتلابه نکاح در عده می‌شوند. البته ما استفاده از این راهکار را به کسانی که دست به چنین ازدواج‌هایی زده و جدایی برایشان مشکل است توصیه می‌کنیم. در غیر این صورت، بهتر است احتیاط کنند و از چنین ازدواجی چشم‌پوشند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ۱۵۵). «علت این که در فرض وکالت حرمت ابدی ایجاد نمی‌شود این است که در صورت بطلان وکالت، فعل وکیل استناد به موکل داده نمی‌شود و محل بحث از همین قبیل است. زیرا زوج و زوجه شخصی را برای عقد فاسدی وکیل کرده که از آن اطلاع نداشته‌اند، پس همان‌گونه که انشاء عقد فاسد بالمباشرة صحیح نیست و امکان‌پذیر نیست، وکالت برای چنین عقدی نیز باطل است» (خوئی، ۱۳۷۱ق، ج ۳۲: ۱۷۵). هرگاه ولی زوج زنی را که ایام عده را می‌گذرانند به ازدواج وی درآورد درحالی که خود به حکم و موضوع عالم باشد و نیز در موردی که وکیل به همین صورت اقدام به عقد کند، مسئله‌ی نکاح و رابطه‌ی بین طرفین تابع چه حکمی است؟ فقها عقیده دارند چنین عقدی موجب حرمت ابدی نمی‌شود. چون مستنبط از ادله این است که مناط در حرمت علم زوج است نه علم ولی یا وکیل. البته باید توجه داشت در مورد وکالت بین اینکه مورد معین باشد یا به نحو اطلاق فرق دارد. اگر وکالت برای تزویج زن معین نباشد، حکم مسئله همان است که گفته شد. ولی اگر وکیل

وکالت در ازدواج زن معینی داشته و آن زن در عده باشد، ظاهراً این مسئله مانند موردی است که خود مرد مباشرةً اقدام به تزویج زن معتنه نموده باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۲ق، ج ۲: ۸۲۶).

۴- ازدواج در عده وفات با جهل زن به فوت شوهر

نمی‌توان با زنی که در عده وفات است، مانند عده طلاق، ازدواج کرد. حال اگر شوهر زنی فوت کند و زن آگاه به فوت نباشد ولی مرد آگاه باشد، آیا در صورت تحقق عقد حرمت ابدی ایجاد می‌شود؟ عده‌ای می‌گویند موجب حرمت ابدی نیست. زیرا مقتضی حرمت این است که زن معتنه یا مزوجه باشد و چنین زنی نه معتنه است نه مزوجه. مزوجه نیست چون شوهرش فوت کرده، معتنه نیست چون زن از فوت شوهر بی‌اطلاع است؛ و عده وفات بعد از اطلاع زن از فوت شوهرش شروع می‌شود و چون زن بر وفات اطلاع نیافته پس در عده نیست. در نتیجه چنین عقدی موجب حرمت نمی‌گردد. اکثر فقها بر این نظر اتفاق دارند و معتقدند فرقی نمی‌کند که مدت سپری شده از زمان فوت تا تاریخ وقوع عقد و دخول، به میزان مدت عده وفات باشد یا خیر (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۳۲؛ جیبی‌العاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۳۳۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴: ۱ و ۳۴).

با این حال باید توجه داشت عقدی که در زمان عده صورت گرفته باطل است. چراکه صحت آن عقد با اتخاذ عده و حداد (ترک زینت) منافات دارد. به عبارت روشن‌تر وجوب اتخاذ عده و حداد از زمان رسیدن خبر فوت همسر است؛ و این عمل به لحاظ احترام به متوفی است. از این جهت صحت عقد با وجوب عده یا حداد منافات پیدا می‌کند. در مقابل اکثر فقها، عده‌ای دیگر معتقدند که این ازدواج موجب حرمت ابدی می‌گردد. استدلال طرفداران این قول آن است که: چنانچه فرضاً ازدواج از این پس (پس از اطلاع از فوت) اتفاق می‌افتاد یقیناً موجب حرمت ابدی بود، لذا به طریق اولی ازدواجی که قبل از این تاریخ اتفاق افتاده بایستی موجب حرمت ابدی باشد؛ زیرا که زمان آن نزدیک‌تر به وفات است (حائری، بی‌تا، ج ۱۱: ۲۳۱). به نظر می‌رسد قواعد حقوقی مؤید نظریه‌ی اول است. ولی احتیاط اقتضاء می‌کند که چنین زن و مردی با یکدیگر ازدواج نکنند.

۵- تحلیل موضوع با عنایت به احادیث رفع مسئولیت جاهل

در اینکه فرد آگاه به مسائل شرعی اگر احکام شرعی را نقض کند مستحق مذمت، مواخذه، مجازات و داری مسئولیت است شکی نیست اما در مورد شخص جاهل روایاتی وجود دارد که چنین فردی متفاوت از شخص عالم به احکام است، عقل نیز این مطلب را تأیید می‌کند و مذاق شریعت اسلامی نیز بر همین منوال است. از جمله احادیث معروف این باب حدیث رفع است:

محمد بن علی بن الحسین فی التوحید و الخصال عن أحمد بن محمد بن یحیی عن سعد بن عبد الله عن یعقوب بن یزید عن حماد بن عیسی عن حریر بن عبد الله عن ابي عبد الله ع قَالَ: قال رسول الله (ص) رفع عن أمتی تسعه اشیاء الخطأ و النسیان - و ما أكرهوا علیه و ما لا یعلمون - و ما لا یطیقون و ما اضطرُّوا الیه - و الحسد و الطَّیره - و التفکر فی الوسوسة فی الخلوة ما لم ینطقوا بشقة (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ۳۶۹؛ ابن بابویه، ۱۴۱۶ق، ج ۲۴، ۳۵۳؛ قمی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ۴۱۷). پیامبر اسلام (ص) فرمودند: از امت من نه چیز برداشته شده است و آنها عبارتند از: سهو، و خطا، و فراموشی، و آنچه بدان وادار شده‌اند، و آنچه نمی دانند و آنچه بیرون از توان ایشان است، و فال بد و حسد یا رشک بردن و اندیشیدن و سوسه آمیز در مورد مردم، مادام که آدمی با لب سخن نگفته باشد، یا تفکر و سوسه آمیز در مورد خلقت کائنات تا زمانی که سخنی بر لبها جاری نشده باشد. (چون اینها در اختیار انسان نیست ولی نباید واکنشی نشان دهد چون بعمل آوردن در اختیار انسان است). حال با عنایت به احادیث مذکور و قاعده‌ی فقهی الجاهل معذور و لا عقوبه الا علی العالم، جای سؤال است که حرمت ابدی ناشی از ازدواج در عده هنگام جهل طرفین یا یکی از آنها چگونه توجیه می‌شود؟ برای عذر بودن جهالت به روایتی استناد شده است که می‌گوید: جهل به عده، چه جهل به موضوع باشد و چه جهل به حکم، باعث می‌شود که زن بر شخص حرام ابد نشود و بعد از انقضای عده می‌تواند با او ازدواج کند. البته حضرت در روایت این نکته را هم فرموده که معذور بودن جهل به حکم روشن‌تر است چون برخلاف جاهل به موضوع، جاهل بر حکم قدرت بر احتیاط ندارد. بعد یک سؤال دیگری مطرح می‌کند که اگر یکی از آن دو متعمد و دیگری جاهل بود چه حکمی دارد که حضرت می‌فرماید: نسبت به متعمد، عقد باطل است و حرمت ابد ثابت می‌شود. این روایت به روایت صحیح توصیف شده است اما در دلالت آن بر مدعا مناقشه شده است که نهایت چیزی که از این روایت مستفاد است جهل به تحریم در واقعه‌ای خاص عذر است و اصاله الاباحه در مقام شک در حرمت، در صورت خاص معتبر است و نمی‌توان به این روایت برای اثبات یک اصل کلی استناد کرد؛ و اگر مراد از روایت بیان این باشد که جهل مرد عذر تلقی می‌شود برای جواز تزویج زن درحالی که آن زن در عده است، در این صورت این روایت مخالف اجماع خواهد بود، چراکه احدی از فقها در اینجا قائل به این نیست که فرد جاهل معذور است (حائری، ۱۲۹۶ق: ۵۱۶). ایشان با عنایت به اینکه اینجا اجماع و حکم خاص شرعی وجود دارد چنین جهلی را مؤثر نمی‌دانند. شیخ انصاری در رسائل در نقد کسانی که به این روایت برای اثبات اصل برائت تمسک کرده‌اند می‌گوید: با عنایت به نشانه‌های موجود در روایت، این روایت

ارتباطی به بحث برائت و اشتغال ندارد، چون بحث برائت و اشتغال در مورد حکم تکلیفی است، اما در این روایت، سؤالات و جوابها اصولاً مربوط به حکم تکلیفی نبوده و مربوط به حکم وضعی یعنی حرمت ابد می‌باشند. لذا از روایت مستفاد نیست که فرد از حیث تکلیفی هم معذور است و مجاز است که در عده ازدواج کند. یعنی، مطلقاً نمی‌توان قائل به جواز تکلیفی در این مورد شد. شیخ انصاری در مورد تفصیلی که در روایت بین جهل به حکم و جهل به موضوع داده شده، اشکالی را مطرح می‌کند که حاصلش چنین است: تعلیلی که در این روایت برای تفصیل مزبور ذکر شده، مبنی بر اینکه جاهل به حکم، قدرت بر احتیاط ندارد اما جاهل به موضوع، قدرت بر احتیاط دارد، این تعلیل معنایش واضح نیست. چون اگر جهل را به معنای جهل مرکب و غفلت بگیریم، هم در جهل به حکم و هم در جهل به موضوع، قدرت بر احتیاط نخواهد داشت و اگر جهل به معنای جهل بسیط باشد یعنی به معنای شک باشد، در این صورت، هم در جهل به حکم و هم در جهل به موضوع، قادر بر احتیاط خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۴ق، ج ۱: ۳۲۸). ما جهل را در هر دو مورد حمل بر غفلت می‌کنیم و این استعمال رایجی است که جهل به معنای غفلت باشد؛ اما وجه تفکیک بین جهل به عده و جهل به حکم در اولی قدرت بر احتیاط دارد و در دومی قدرت بر احتیاط ندارد. این است که، جهل به حکم به معنای غفلت از حکم تکلیفی است و در فرض غفلت از حکم تکلیفی احتیاط ممکن نیست، احتیاط فقط برای شاک در حکم تکلیفی امکان دارد؛ اما جهل به عده را به معنای غفلت از حکم وضعی می‌گیریم، یعنی شخص غافل بوده از اینکه ازدواج در عده موجب حرمت ابد می‌شود. در اینجا هم حضرت می‌فرماید که معذور است باینکه قدرت بر احتیاط دارد، چون بعد از اینکه متوجه شده که در عده ازدواج کردن موجب حرمت ابد است، نسبت به آینده می‌تواند احتیاط کند و با او ازدواج نکند ولی در عین حال، شارع ارفاقاً حرمت ابد را ثابت نکرده است و فرموده، بعد از انقضای عده می‌تواند با او ازدواج کند (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۱۱۰). محقق خراسانی بیان می‌دارد: ما جهل را به معنای خصوص جهل بسیط نمی‌گیریم و تفکیک هم نمی‌کنیم به این صورت که بگوییم که جهل به حکم در معنای غفلت و جهل به موضوع در معنای جهل بسیط استعمال شده، چون در سؤال سائل چنین تفکیکی فرض نشده است، بلکه جهل را به معنای عام (عدم العلم) می‌گیریم که هم غفلت و هم جهل بسیط را شامل می‌شود. منتهمی با در نظر گرفتن مصادیق خارجی، جهل به حکم به غفلت انصراف پیدا می‌کند و جهل به موضوع به جهل بسیط انصراف پیدا می‌کند. وجه این انصراف آن است که حکم عده جزء ضروریات اسلامی است. مثل وجوب نماز که هر کسی التفات به آن پیدا کند، دیگر جهلی برایش باقی نمی‌ماند. لذا اگر در روایت جهل به حکم فرض شده، باید به موارد غفلت و عدم التفات حمل

شود؛ اما اینکه با فرض التفات بازهم جهل به حکم داشته باشد، خیلی نادر است؛ اما در جهل به موضوع، با فرض اینکه حکم عده را می‌داند معمولاً افراد تحقیق و پرس‌وجو می‌کنند که آیا زن در عده هست یا خیر و غفلت داشتن نادر است، لذا جهل بر جهل بسیط حمل می‌شود. با این بیان، وجه امکان احتیاط در جهل به موضوع و عدم امکان احتیاط در جهل به حکم روشن می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۳۹۳ق، ج ۱: ۲۰۱-۲۰۰). در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: کلام محقق خراسانی رافع اشکال نیست چون درست است که در فرض علم به حکم و جهل به موضوع، غفلت داشتن نادر است و معمولاً افراد از حال زن تحقیق می‌کنند، ولی در همین فرض، چنانچه شخص بخواهد قبل از معلوم شدن وضعیت زن، با او اقدام به ازدواج کند، اینهم نادر است چون تحقیق مقدمه علم است و عادتاً اشخاص تا زمانی که علم پیدا نکنند، اقدام به ازدواج نمی‌کنند، بنابراین، حتی اگر جهل به موضوع را حمل بر جهل بسیط کنیم، گرچه چنین جهلی شایع است، اما اقدام به ازدواج با وجود این جهل، نادر است (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۱۰۸). اشکال دیگر بر کلام محقق خراسانی این است که ایشان بیان داشته حکم عده بین مسلمین جزء ضروریات است و لذا جهل به حکم را باید حمل به غفلت بکنیم و این سخن نادرستی است. همان‌طور که مرحوم شیخ در رسائل اشاره کرده، آنچه بین مسلمین ضروری است، اصل لزوم عده و عدم جواز تزویج در عده است، اما حدود عده، حکمش روشن نیست و حتی معرکه آراء است. لذا مصادیق جهل به حکم فقط موارد غفلت نیست و در موارد التفات هم جهل به حکم تصویر می‌شود (شبیری زنجانی، ۱۳۷۸، ج ۵: ۱۷۵).

۶- بهترین طریق جمع میان روایات و دیدگاه‌ها

صاحب حدائق در مقام جمع میان اخبار و معذور نبودن جاهل بیان می‌دارد: به وجوه مختلفی می‌توان میان اخبار جمع نمود بهترین جمع آن است که بگوییم جاهل همان‌گونه که بر غافل از حکم به صورت کلی، اطلاق می‌شود بر فرد غیر عالم به حکم ولو اینکه شک یا ظان باشد نیز اطلاق می‌شود و از اخبار این چنین برداشت می‌شود که جاهل به حکم شرعی به معنای دوم، غیر معذور است و فحص و تفتیش از ادله یا سؤال بر او واجب است و در صورت تعذر از وقوف و دستیابی به حکم، وظیفه‌ی او توقف و وقوف در مسیر احتیاط است؛ اما جاهل به معنای اول شکی در معذور بودن او نیست چراکه ادله نقلی و عقلی از توجه تکلیف غافل ذاهل منع می‌کنند و آنچه مشیر به این مطلب است این است که در روایت صحیح عبدالرحمن از امام (ع) آمده است که جاهل به تحریم ازدواج در عده‌ی أعذر (معذورتر) از جاهل به در عده بودن زن است، چراکه در صورت اول یعنی جهل به تحریم قدرت بر احتیاط ندارد به خاطر عدم تصور حکم الهی به صورت

کلی. برخلاف ظان و شاک درجایی که از دستیابی به علم معذور هستند که قدرت بر احتیاط دارند (بحرانی، بی تا، ج ۱: ۸۴-۸۳؛ فشارکی، ۱۴۱۳ق: ۵۴). به تعبیری اگر جاهل را مطلقاً معذور بدانیم لازمه‌ی آن تزییع احکام دینی خواهد بود (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۱: ۳۳).

۷- شرط وقوع دخول در ایام عده پس از عقد

در دخولی که در صورت جهل شرط حرمت ابدی است آیا در عده بودن معتبر است یا وقوع عقد در حال عده اگرچه دخول بعد از انقضای مدت واقع باشد کفایت می‌کند؟ در فقه امامیه در این رابطه چند دیدگاه مطرح است:

۱- دخول بعد از انقضاء مدت عده هم موجب حرمت ابدی است: محقق یزدی بیان می‌دارد: در دخولی که در صورت جهل شرط حرمت ابدی است آیا در عده بودن معتبر است یا وقوع عقد در حال عده اگرچه دخول بعد از انقضای مدت واقع باشد کفایت می‌کند؟ دو قول است که احوط قول دوم است که به خاطر اطلاق اخبار خالی از قوت هم نیست (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۲ق، ج ۲: ۸۲۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۸۳). صاحب ریاض نیز با استناد به اطلاق روایات حکم حرمت ابدی را در خصوص دخول در عده و بعد عده یکسان می‌داند (حائری، بی تا، ج ۶: ۴۹۶). برخی نیز با عنایت به فساد چنین نکاحی چنین تحلیل کرده‌اند: آنچه موجب حرمت ابدی است دخول به زن بیگانه و نامحرم است که نکاحش فاسد بوده است و از این جهت فرقی میان دخول در عده و غیر آن نیست (لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۲۷۰).

۲- دخول در ایام عده موجب حرمت ابدی است و خارج از ایام عده موجب حرمت ابدی نیست: صاحب جواهر در مخالفت با قول اول بیان می‌دارد: چنانچه دخول بعد از پایان مدت عده صورت گرفته باشد موجب حرمت ابدی نیست دلیل صاحب جواهر استنباط و استظهار از نصوص است. وی اقتصار به قدر متقین یعنی دخول در عده را وجیه می‌داند (نجفی، بی تا، ج ۲۹: ۴۳۳). شهید ثانی در مسالک الافهام بیان می‌دارد: وطی جاهل به تحریم بعد از عده اثری در تحریم ندارد هرچند که بعداً برای او علم حاصل شود. آنچه حرام و موجب حرمت ابدی است وطی در عده یا علم به تحریم در حال عقد است (جبعی العاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۳۳۷). یکی از علمای معاصر در این زمینه بیان می‌دارند: ازدواج در عده باطل است و اگر هیچ‌کدام نمی‌دانسته‌اند که زن در عده است و یا این که نمی‌دانسته‌اند که عقد کردن در عده حرام است، در صورتی که مرد با او در زمان عده نزدیکی کرده باشد، آن زن بر او حرام می‌شود و اگر نزدیکی بعد از زمان عده بوده است، عقد باطل است، ولی زن بر او حرام نمی‌شود، بلکه می‌تواند بعداً

زن را عقد نماید (بهجت، ۱۳۸۶، ج ۴: ۲۴۴). ایشان در جای دیگری بیان می‌دارند: نکاح در عده جایز نیست؛ و اگر با علم به عده و حرمت با زنی ازدواج کرد، حرمت ابدی به مجرد عقد ثابت می‌شود؛ و هم چنین با جهل به یکی از این دو، با دخول به معقوده در یکی از دو فرج؛ و اگر با جهل بود و دخول به معقوده نکرده باشد، آن عقد باطل است و می‌تواند بعد از عده، استیناف عقد نماید؛ و اگر عقد جاهل، در عده و دخول بعد از عده با جهل بود، اظهار عدم حرمت ابدی است و می‌تواند استیناف عقد نماید (بهجت، ۱۳۸۴، ج ۳: ۵۶۸).

۳- احتیاط: مطابق این دیدگاه هر چند که دیدگاه اول قوی نیست اما اگر دخول بعد عده صورت گرفت، احتیاط به ترک تزویج و طلاق در صورت تزویج توصیه می‌شود (گلپایگانی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۳۴۵؛ همان، ۱۳۵۲، ج ۳: ۱۶۰).

در میان حقوقدانان و محشین قانون مدنی نیز همین اختلاف نظر مشاهده می‌شود. بعضی از حقوق دانان معاصر از عبارت ماده‌ی ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ چنین استنباط کرده‌اند که برای ایجاد حرمت کافی است که نکاح در عده واقع شود و در اثر آن نزدیکی به عمل آید خواه نزدیکی در عده باشد یا خارج از آن (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۳۲۴) و برخی دیگر ضمن دفاع از دیدگاه صاحب جواهر دخول بعد از عده را موجب تحریم نمی‌دانند (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱ و ۲).

تحلیل دیدگاه‌ها

با توجه به مباحث مطرح شده به نظر می‌رسد دیدگاه شهید ثانی و صاحب جواهر بیشتر قابل توجیه است. زیرا به‌طور کلی حرمت ابدی خلاف اصل است و مطابق قواعد و اصول همان گونه که صاحب جواهر بیان داشتند باید به قدر متقین اکتفا کرد. قدر متقین هم همین که ازدواج و دخول در عده باشد. از ماده ۱۰۵۱ ق. م. هم که می‌گوید: «... نزدیکی هم واقع شده باشد...» می‌توان استنباط کرد که از نظریه‌ی صاحب جواهر پیروی شده است. به خصوص اینکه حرمت ابدی خلاف اصل است و نباید در مورد آن تفسیر موسع صورت گیرد بلکه در این گونه موارد صحیح این است که تفسیر مضیق صورت گیرد (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۱۰۸) و اطلاق نصوص باب نیز انصراف به دخول در ایام عده دارد خصوصاً با توجه به مناسبت حکم و موضوع؛ یعنی اینکه موضوع ازدواج در عده و حکم حرمت ابدی است، پس برای تحقق موضوع باید دخول هم در ایام عده باشد تا حکم حرمت ابدی ثابت شود (تبریزی، ۱۳۹۳: ۶۱۸). لذا دخول بعد از عده موجب حرمت ابدی نمی‌شود. در تأیید این نظر می‌توان چنین استدلال کرد که نزدیکی با زن بعد از انقضاء عده مانند نزدیکی با زن آزاد و خالی از موانع نکاح است که در حرمت نکاح نمی‌تواند مؤثر باشد. به دیگر سخن در صورت جهل

به عده و حرمت نکاح، فقط نزدیکی با زنی که در عده است به منزله‌ی نزدیکی با زن شوهردار و موجب حرمت ابدی به شمار آمده است. پس اگر نزدیکی بعد از پایان گرفتن عده صورت گیرد، زن به منزله‌ی زن شوهردار نبوده و نزدیکی نباید موجب حرمت باشد (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۲۲).

۸- حکم شرعی فرزندان حاصل از ازدواج در عده

محقق حلی می‌گوید: اگر در عده ازدواج کند و دخول صورت گیرد و زن حامله شود در این صورت اگر مرد جاهل باشد فرزند به او الحاق می‌شود و اگر که از روز دخول تا تولد شش ماه یا بیشتر بگذرد و مرد باید مهر المسمی بدهد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۲۳۵). شهید ثانی ذیل کلام محقق حلی بیان می‌دارد: در اینجا در الحاق فرزند به مرد با جهل مرد اشکالی نیست چراکه مورد وطی به شبهه است و در موارد وطی به شبهه اگر امکان الحاق فرزند به پدر باشد ملحق می‌شود؛ و در اینجا مهر المسمی لازم نیست چون مهر المسمی برای تراضی در عقد صحیح و در برابر بضع است، اما اینجا عقد صحیح نبوده است. لذا مهر المثل واجب می‌شود چون مهر المثل برای جایی است که عقدی نباشد یا عقد باطل باشد (جبعی العاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۳ و ۳۹).

اگر مرد نداند که زن در عده است و با او ازدواج کند، چنانچه زن هم نداند و بچه‌ای از آنان به دنیا بیاید، حلال زاده است و شرعاً فرزند هر دو است ولی اگر زن می‌داند که در عده است و می‌داند که ازدواج در عده حرام است شرعاً بچه، فرزند پدر است و در هر دو صورت عقد آنان باطل است و به یکدیگر حرام می‌باشند (سبحانی، ۱۴۳۶ق: ۴۵۸). همچنین گفته شده: با فرض این که در عده‌ی غیر ازدواج کرده و دخول هم واقع شده زن بر مرد دوم حرام مؤبد می‌شود و فوراً باید از هم جدا شوند و اگر وطی شبهه باشد عده بگیرد و فرزندان آن‌ها اگر مرد جاهل به حکم یا موضوع بوده به پدرشان ملحق هستند و حکم ولد حلال را دارند و با فرض جهل در مورد مادر که در این فرض بعید است به مادر نیز ملحق می‌باشند (گلپایگانی، ۱۳۷۲ق، ج ۲: ۲۲۷).

بحث و نتیجه‌گیری

مسئله ازدواج در عده یکی از مسائل مهم جامعه‌ی امروز است که گاهی تبدیل به یک بحران برای خانواده‌ها خصوصاً خانواده‌های متدین می‌شود. حکم ازدواج در عده در دو صورت علم به عده و حرمت و صورت جهل به آن با وقوع نزدیکی حرمت ابدی میان دو نفر است. مبنای این حکم روایات کثیره‌ی این باب است که پس از جمع میان روایات چنین حکمی به دست می‌آید. نتیجه جمع میان روایات به طرق مختلف این است که تمام الموضوع برای تحریم ابدی احد

الامرین است. اول دخول مطلقاً چه علم داشته باشد و چه علم نداشته باشد و دوم علم به حرمت چه دخول شود و چه دخول نشود.

حکم حرمت ابدی در صورت علم به عده و حرمت به راحتی قابل قبول است، اما در خصوص حرمت ابدی هنگام جهل و دخول، این حکم حرمت ابدی ظاهراً خلاف قواعد معذوریت جاهل است. اما با عنایت به روایات باب تعبدی و استثنایی بودن این حکم به دست می‌آید. لذا با عنایت به اینکه اینجا اجماع و حکم خاص شرعی وجود دارد چنین جهلی را مؤثر نمی‌دانند. به تعبیری اگر جاهل را مطلقاً معذور بدانیم لازمه‌ی آن تضييع احکام دینی خواهد بود.

یکی از راه‌های رهایی از حرمت ابدی در این مسئله این است که معمولاً صیغهی عقد ازدواج، توسط وکیل اجرا می‌گردد. یعنی عروس و داماد به وکیل خود وکالت می‌دهند که صیغهی صحیح نکاح را برای آنان جاری نماید. بنابراین، محدوده‌ی وکالت وکیل «ایجاد عقد صحیح» است، نه ازدواجی که فاسد است و حرمت ابدی به دنبال داشته باشد. بدین جهت، چنانچه وکیل صیغهی عقد ازدواج فاسدی را اجرا کند، چنین عقدی اثری ندارد، زیرا از روی ناآگاهی خارج از محدوده‌ی وکالتش عمل کرده و صیغهای خوانده که وکالت در آن نداشته است. بنابراین هیچ اثری بر چنین نکاحی بار نمی‌شود. هر چند روابط زناشویی آن مرد و زن روابط حرامی محسوب نمی‌شود، زیرا تصور می‌کردند زن و شوهر هستند و در حقیقت احکام وطی به شبهه را دارد. بنابراین در حقیقت عقدی از سوی زوجین نه مباشرتاً و نه وکالتاً انجام نشده تا موجب حرمت ابدی شود. این، راهکاری مشروع و هماهنگ با ادله‌ی شرعی است، برای کسانی که مبتلا به نکاح در عده می‌شوند. همچنین ایام عده در زنان متفاوت است ممکن است عده برخی زنان کمتر از یک ماه باشد لذا باید به دوره‌ی عده نیز توجه شود.

اطلاق نصوص باب نیز انصراف به دخول در ایام عده دارد. خصوصاً با توجه به مناسبت حکم و موضوع؛ یعنی اینکه موضوع ازدواج در عده و حکم حرمت ابدی است، پس برای تحقق موضوع باید دخول هم در ایام عده باشد تا حکم حرمت ابدی ثابت شود، پس اگر نزدیکی بعد از پایان گرفتن عده صورت گیرد، زن به منزله‌ی زن شوهردار نبوده و نزدیکی موجب حرمت نیست.

همچنین اگر مرد نداند که زن در عده است و با او ازدواج کند، چنانچه زن هم نداند و بچه‌ای از آنان به دنیا بیاید، حلال زاده است و شرعاً فرزند هر دو است ولی اگر زن می‌داند که در عده است و می‌داند که ازدواج در عده حرام است شرعاً بچه، فرزند پدر است و در هر دو صورت عقد آنان باطل است و به یکدیگر حرام می‌باشند.

در نهایت با توجه به مباحث صورت گرفته موارد ذیل پیشنهاد می‌شود:

۱- مواد ۱۰۵۰ قانون مدنی بدین شکل اصلاح شود: «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند و صیغه‌ی عقد مباشرتاً توسط خود زوجین جاری شده باشد، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود. اما اگر صیغه‌ی نکاح توسط وکیل جاری شده باشد موضوع از باب وطی به شبهه بوده و موجب حرمت ابدی نخواهد بود».

۲- تبصره‌ای ذیل ماده ۱۰۵۱ با این شرح افزوده گردد: ماده ۱۰۵۱ قانون مدنی: «حکم مذکور در ماده فوق در موردی نیز جاری است که عقد از روی جهل به تمام یا یکی از امور مذکوره فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد. در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی عقد باطل ولی حرمت ابدی حاصل نمی‌شود».

تبصره: برای تحقق موضوع حرمت در ماده فوق باید دخول هم در ایام عده باشد تا حکم حرمت ابدی ثابت شود، پس اگر دخول بعد از پایان گرفتن عده صورت گیرد، زن به منزله‌ی زن شوهردار نبوده و نزدیکی موجب حرمت نیست.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۶ ق). التوحید، جلد ۲۴، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- اشتهاردی، علی پناه، (۱۳۷۷). مدارک العروه، جلد ۲۹، تهران: انتشارات سازمان حج اوقاف و امور خیریه.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امام، (۱۳۸۴). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- امامی، حسن، (۱۳۸۶). حقوق مدنی، جلد ۴، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۴ ق). رسائل، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، (۱۳۹۳ ق). درر الفوائد، جلد ۱، قم: موسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، جلد ۱، بی‌تا بی‌جا.
- بهجت، محمدتقی، (۱۳۸۶). استفتائات، جلد ۴، قم: دفتر حضرت آیه الله العظمی محمدتقی بهجت.
- جامع المسائل، جلد ۳، قم: دفتر حضرت آیه الله العظمی محمدتقی بهجت.
- تبریزی، ابوطالب تجلیل، (۱۳۹۳ ق). التعلیقه الاستدلالیه علی تحریر الوسیله: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- حائری یزدی، عبدالکریم، (۱۴۱۸ ق). درر الفوائد، جلد ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی، (۱۲۹۶ ق). القواعد و الفوائد و الاجتهاد و التقليد، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی یزدی، ریاض المسائل، جلد ۱۱، ۶، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بی‌تا.
- حر عاملی، محمد بن الحسن، (۱۴۱۴ ق). وسائل الشیعه، جلد ۱۵، قم: آل البيت.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله، (۱۳۷۹ ق). تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: دار العلم، موسسه النشر الاسلامی: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۱ ق). المبانی فی شرح العروة الوثقی، جلد ۳۲، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- موسوعه الامام خوئی، جلد ۳۲، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- سبحانی، جعفر، (۱۴۳۶ ق). توضیح المسائل، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- شیرازی، زنجانی، (۱۳۷۸ ق). کتاب النکاح، جلد ۵، قم: موسسه پژوهشی رای پرداز.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ ق). مسالك الافهام، جلد ۷، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- طباطبایی حکیم، محسن، (۱۴۱۶ ق). مستمسک العروه الوثقی، جلد ۴، ۱۴، قم: موسسه دارالتفسیر.

- ◀ طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۳۹۲ ق). *غایه القصوی فی ترجمه عروة الوثقی*، جلد ۲، تهران: دینا.
- ◀ طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۰۷ ق). *الخلاص*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ علامه حلی، (۱۴۱۳ ق). *قواعد الاحکام*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- ◀ لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (۱۴۲۱ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، کتاب نکاح، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام.
- ◀ فشارکی، محمد، (۱۴۱۳ ق). *الرسائل الفشارکیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ قمی، محمد بن علی بن حسین بن بابویه، (۱۴۰۳ ق). *الخصال*، جلد ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ کاشف الغطاء، علی بن محمدرضا، *النور الساطع فی الفقه النافع*، جلد ۱، بی تا، بی جا: مطبعة الآداب.
- ◀ گلپایگانی، محمدرضا، (۱۳۷۲ ق - ۱۲۷۷ ق). *مجمع المسائل*، جلد ۲، قم: دفتر آیه الله حاج شیخ حسین ایوقی.
- ◀ _____ (۱۳۷۲ ق - ۱۲۷۷ ق). *هدایه العباد*، جلد ۲، قم: دارالقرآن کریم.
- ◀ _____ (۱۳۵۲ ق). *وسیله النجاه*، جلد ۳، قم: نیکنام.
- ◀ محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ ق). *شرایع الاسلام*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان.
- ◀ محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۹). *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸). *حیله‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح در فقه اسلامی*، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
- ◀ نجفی، محمدحسین، *جواهرالکلام*، جلد ۲۹، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
- ◀ جامع الاحادیث مرکز کامپیوتری علوم اسلامی نور.
- ◀ جامع فقه اهل بیت دو.
- ◀ پایگاه استفتائات (khameneni.ir).

عقد پنهانی بر مهریه در فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به توافق پنهانی در حقوق فرانسه

مهرداد پاکزاد*، سید حسن حسینی مقدم**، محمد مهدی پور***

چکیده

در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده موضوع توافق پنهانی زوجین نسبت به مهریه و آثار آن دیده نشده است و این امر موجب گردیده تا در اعتبار آن تردید پیش بیاید و این سؤال مطرح شود که آیا توافق پنهانی نسبت به قرارداد اعلام شده بین طرفین و همچنین در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد و اعتبار دارد یا خیر؟ از طرف دیگر باید بین طرفین اعتبار توافق پنهانی با وجود قرارداد اعلام شده با استناد به این قرارداد پنهانی در برابر اشخاص ثالث تفکیک قائل شد. در حقوق فرانسه هر چند نهادی به نام مهریه وجود ندارد، ولی عقود پنهانی را در برابر قرارداد رسمی خاص و نیز در برابر اشخاص ثالث قابل پذیرش نمی دانند. لیکن در فقه نیز تشتت نظریات مشهود است و گرایش به اعتبار قرارداد پنهانی در روابط طرفین است. با این وصف اجازه اثبات توافق پنهانی راجع به مهریه به یکی از طرفین عقد در برابر دیگری و نیز در برابر اشخاص ثالث دارای تالی فاسد خواهد بود که هم بر بنیاد خانواده آسیب جدی وارد خواهد ساخت و هم نظام ثبتی کشور را به دلیل نادیده گرفتن اعتبار سند رسمی ازدواج خدشه دار می سازد.

واژگان کلیدی

مهریه، عقد پنهانی، اشخاص ثالث، اعتبار قرارداد، قرارداد اعلام شده.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (M.pakzad@stu.umz.ic.ir)
**.استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده‌ی مسئول) (s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir)
***. دکتری حقوق تجارت بین الملل، عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ایلام، ایلام، ایران (mehdipur81@yahoo.com)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۲۸

۱- مقدمه و بیان مسئله

بر اساس سابقه‌ی تاریخی گاهی بین زوجین دو توافق در خصوص مهریه وجود دارد و اساساً به دلیل مخالفت خانواده‌ها یا چشم هم‌چشمی‌های غیرمتعارف میزان توافق شده مهریه بین طرفین با توافق اعلام‌شده متفاوت است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۳۸). حال این سؤال به ذهن می‌آید که کدام یک از توافقات دارای اعتبار است؟ با مراجعه به قوانین ایران نص خاصی که به‌صراحت عقد پنهانی را تعریف و اثر آن توافق را بیان و به رسمیت بشناسد، وجود ندارد و تنها در موارد خاص به معامله صوری موجود در قانون تجارت به‌صورت موردی اشاره شده است و تنها تحت شرایط خاص بدان اعتبار داده شده است. اما در فرانسه، قانون‌گذار در اصلاحات سال ۲۰۱۶ میلادی، در مواد ۱۲۰۱ و ۱۲۰۲ قانون مدنی، به‌صراحت به ماهیت و آثار عقد پنهانی پرداخته است. از این جهت اثبات یا نفیاً جای خالی این مواد در حقوق ایران، به‌وضوح احساس می‌شود.

در حقوق فرانسه اگرچه نهادی به‌عنوان مهریه وجود ندارند، ولی می‌توان از عمومات حاکم بر قراردادهای و تعهدات در قانون مدنی فرانسه- به‌ویژه با اصلاحات جدید صورت گرفته- در حقوق ایران در خصوص توافق پنهانی در باب مهریه که از ابتدا در کتب فقهی و سپس در برخی کتب حقوقی مورد اشاره واقع شده است، استفاده همه‌جانبه نمود.

موضوع مهریه پنهانی در حقوق ایران دارای مبنا و وضعیت خاص بومی و فقهی ریشه‌داری است که می‌تواند متفاوت از حقوق فرانسه باشد. هنگامی که طرفین با سند رسمی مهریه خویش را تعیین و اعلام می‌نمایند توافق بعدی و توافق قبلی و همزمان آنها به‌ویژه اگر با سند عادی و به شکل شفاهی و پنهانی باشد، با سند رسمی تعارض می‌یابد و اعتباربخشیدن بدان سبب نادیده گرفتن اعتبار سند رسمی خواهد شد و اعتماد عمومی به قراردادهای رسمی و اعلام‌شده کاهش می‌یابد و این توافق مغایر با مقررات ثبتی ناظر بر اسناد رسمی نیز خواهد بود. عموماً رویه قضایی به‌موجب اصل رضایی بودن عقود و اصل حاکمیت اراده بر درستی این توافق صحه می‌نهد و وفق اصل نسبی بودن قراردادهای این توافق را در روابط طرفین تعهدآور می‌داند. اما در اینجا این سؤال پیش می‌آید که استناد به قرارداد پنهانی در برابر شخص ثالث و انجام اقدامات بر مبنای آن آیا به ضرر او منتهی نمی‌شود؟ آیا تحمیل این ضرر به ثالث دارای وجهت است؟ آیا طرفین عقد پنهانی قادر به استناد و استفاده از مفاد قرارداد در روابط خویش علی‌رغم قرارداد اعلام‌شده می‌باشند؟ آیا شخص ثالث نیز در صورت اطلاع اثبات در برابر طرفین قرارداد پنهانی به‌منظور جلوگیری از ضرر خویش قادر به استناد به همان قرارداد پنهانی نیست؟ در پژوهش حاضر تلاش شده است با روش توصیفی- تحلیلی به هریک از سوالات و موضوعات مذکور پرداخته و پاسخ داده شود.

۲- جایگاه توافق پنهانی و توریه

در قوانین ایران تعریفی برای عقد پنهانی یا توافق پنهانی نشده است. در قانون مدنی اصلاحی فرانسه، در ماده ۱۲۰۱، به صراحت در تعریف عقد پنهانی اعلام می‌دارد: «زمانی که طرفین علاوه بر قرارداد آشکار، قراردادی دیگری نیز منعقد نمایند قرارداد پنهانی نامیده می‌شود و اثر آن تنها متوجه خود طرفین خواهد بود و نسبت به اشخاص ثالث اثری ندارد. اشخاص ثالث نیز نمی‌توانند به قرارداد پنهانی استناد کنند».

به عقیده برخی از حقوقدانان، طرفین پیمان واقعی را پنهان داشته و وانمود می‌کنند که به قرارداد دیگری پایبند هستند و این اقدام را شبیه توریه در فقه و زبان عربی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۱). فقها حنفی نیز در خصوص توافق به نحو پنهانی در برابر مهریه آشکار یا اعلام شده اصطلاح تلجه در مهر را به کار برده‌اند که مبین همان قرارداد پنهانی است (سمرقندی، بی‌تا: ج ۱: ۱۴۶). از سوی دیگر توریه در لغت به معنای پوشانیدن حقیقت است (عمید، ۱۳۵۷: ۴۲۸) و در کتب لغت عربی توریه را دارای چند معنی دانسته‌اند که یکی از این تعاریف استفاده از لفظ مشترک بر چند معنی است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷ق: ۱۲۴).

برخی فقهای شیعه از جمله محدث بحرانی، بر اساس ظاهر روایات، توریه را در صورتی صحیح می‌دانند که موردی مظلوم باشد و بخواهد با سوگند از دست ظالم رهایی یابد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ۳۸۸ و ۴۱۰). پس توریه تنها فقط در هنگام ضرورت و برای دفع ضرر غیر مستحق ظلم، جایز است و در شرایطی که راهی به غیر از آن برای رهایی از ضرر و ظلم نباشد صحیح است (ایزدی فرد، ۱۳۸۰: ۷۲)، با این تعریف توافق پنهانی با توریه متفاوت است.

از نظر حقوقدانان فرانسه، توافق پنهانی هم‌زمان با ایجاد عقود در حقوق وجود داشته و به همین دلیل در قانون مدنی ناپلئون هم، قانون به این توافق پرداخته است (Villey Michel, 1968: 3-4). برخی از حقوقدانان فرانسه، در تعریف عقد پنهانی بیان داشته‌اند که: «قراردادی است که توسط آن طرفین یک بخش یا همه قصد واقعی‌شان را در آن پنهان می‌کنند» و تعریف توریه^۱ (ظاهر سازی) را دروغ دانسته‌اند (Grimald, 2000: 1108). برخی دیگر نیز در فرانسه معتقدند که در قرارداد پنهانی باید متعاقبین هم‌زمان دو قرارداد با دو محتوای متفاوت منعقد کنند تا بتوان قائل به یک عقد پنهانی در برابر عقد آشکار شده گردید (Bamde & Bourdoisead, 2017: 1).

این مسئله که در عقود پنهانی باید دو قرارداد نسبت به یک موضوع اما با تفاوت‌های وجود داشته باشد، کاملاً روشن و امری بدیهی است؛ زیرا اگر در موضوع واحد بین دو قرارداد تفاوتی نباشد، عقد پنهانی منعقد نمی‌گردد. اساساً اشخاص نسبت به یک موضوع هنگامی دو قرارداد پنهانی منعقد می‌کنند که هدف خاصی در نظر دارند و بنا به دلایلی نفعشان در آن است. آنها در برابر عده‌ای به یکی از قراردادها استناد می‌کنند در حالی که بین خودشان قرارداد دیگری حاکم است. در ادامه به شکل‌ها و ابعاد مختلف این موضوع پرداخته خواهد شد.

۳- اعتبار توافق پنهانی نسبت به مهریه

مهریه در نظام اسلامی نشان‌دهنده‌ی مهر و ابزاری برای ابراز محبت مرد به زن است (حسینی ابرنژاد، ۱۳۹۹: ۱۵۱). در اسلام نکاح بدون مهر نیست و اگر زوجین مهر معین نکنند باز هم قهراً ثابت می‌شود (باقری و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۵۴).

عموماً مخالفت خانواده زوجین و در برخی موارد عرف رایج و حاکم در خصوص تعیین مهریه ممکن است عاملی شود تا زوجین اقدام به توافق پنهانی در خصوص مهریه کنند، یعنی میزان مهریه را در عقد نخستین زیاده‌تر و یا کم‌تر از توافق پنهانی بین خود اعلام دارند. این توافق پنهانی دارای آثار و شرایط حقوقی است و اینکه زوجین در روابط خود قادر به استناد به کدام توافق هستند و اساساً کدام توافق صحیح است نکته حائز اهمیت است. همچنین این موضوع که در برابر اشخاص ثالث کدام توافق راجع به تعیین مهریه قابل استناد است خود جای تأمل دارد. در برخی موارد بین زوجین دو توافق جداگانه در ضمن دو عقد منعقد می‌گردد، در این صورت طرفین در عقد نکاح به صراحت مهر را تعیین و اعلام می‌کنند و بعداً طی عقدی جدید با توافق دیگر در مهریه تغییراتی ایجاد می‌کنند. در این فرض ممکن است گفته شود، عموماً طرفین با اراده توافق اول را منعقد نمودند و دیگر جایی برای توافق و عقد بعدی وجود نخواهد داشت. چراکه با اقدام اولیه اثر حقوقی یا تعهد بر تأدیه مهریه معین شکل گرفته است. برخی از فقها نکاح یا توافق بعدی را بی‌بهره و لغو می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷)؛ زیرا با انعقاد عقد نکاح و تعیین مهرالمسمی از نظر آنان جایی برای انعقاد عقد نکاح دوم وجود ندارد.

برخی از فقها (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۱) به اراده اعلام‌شده و مهریه‌ایی که در عقد آمده و اصطلاحاً آن را ظاهری می‌نامند اکتفا کرده‌اند و توافق پنهانی را بی‌اثر می‌دانند. اما برخی دیگر بالعکس (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷) اراده باطنی را به شرط اثبات این توافق پنهانی معتبر دانسته‌اند. اما به نظر می‌رسد، تفاوتی بین دو عقد جداگانه نکاح با دو مهریه متفاوت توافق شده با شرایطی که یکبار عقد نکاح

با یک مهریه توافق گردیده و مجدداً به طور جداگانه و پنهانی نسبت به مهریه توافق جدیدی به عمل آورند، وجود ندارد؛ زیرا که عقد نکاح با توافق اولیه دارای اثر است و تکرار آن نیاز نخواهد بود. پس صرفاً توافق جدید نسبت به افزایش یا کاهش مهریه به منظور تغییر آن حائز اهمیت و موضوع بحث است. در واقع مهم توافق پنهانی در برابر توافق اعلام شده است که اعتبار آن محل تردید است. برخی از فقها امامیه، قصد را از امور قلبی و نفسانی دانسته‌اند و انعقاد عقد با هر لفظی را مبرز جهت تحقق قصد ممکن دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ۱۹۲؛ عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ۱۵۷). در مقابل برخی دیگر، صرف نظر از جستجو برای احراز اراده باطنی، برای اراده اعلام شده اعتبار ایجادی قائل هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ۳۷۷؛ حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۹۰). بنابراین، در بین فقها عده‌ای اصل را بر اراده پنهانی دانسته و آن را اراده واقعی می‌نامند و برخی برای لفظ اعتبار خاصی قائل نیستند، مگر این که بیانگر اراده باطنی باشد. گروه دیگر نیز اصل را بر اراده واقعی می‌گذارند، با این تفاوت که برای اراده ظاهری ارزش ایجادی قائل هستند.

بنا بر مباحث ذکر شده، اگر چه این پژوهش در نظر دارد به بررسی توافق پنهانی در خصوص مهریه و تطبیق این موضوع با تجربه قانون گذاری در حقوق فرانسه بپردازد ولی با توجه به این که در حقوق فرانسه، نهادی به عنوان مهریه در عقد نکاح محمل قانونی ندارد، برای روشن شدن اعتبار توافق پنهانی باید به عموماً عقود پنهانی حقوق فرانسه رجوع کرد.

قانون گذار فرانسه در ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی اصلاحی فرانسه، به صراحت ایجاد یک توافق پنهانی در نگاه اول را نیازمند به دو قرارداد یا توافق می‌داند و این موضوع را پذیرفته است و حقوقدانان این کشور نیز بر وجود دو قرارداد واقعی و ظاهری تأکید کرده و قائل به آن هستند (Cass. 1961: 283). از نظر حقوقدانان کلاسیک فرانسه، عقد پنهانی یک دروغ را در قرارداد ایجاد می‌کند (Ripert et Boulanger, 1956:265) و در واقع نیت اصلی در یک قرارداد ظاهری، پنهان می‌ماند (Mazeahd:1956:183). حقوقدانان معاصر فرانسه نیز بر این موضوع که توافق پنهان شده، توافق واقعی در عقد پنهانی است تأکید کرده و طرفدار این عقیده‌اند (Malaurie, 2005:375).

در ایران به عقیده برخی از اساتید و فقها اگر توافق بعدی زوجین فقط در خصوص میزان مهریه باشد، این توافق صحیح تلقی می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۰:۱۳۹؛ حلی، ۱۴۰۸ق: ۲۷۰)؛ زیرا معتقدند اصل مباح بودن قراردادها این اجازه را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۸:۱۵۷). اما در حقوق ایران نص صریحی بر رد یا تأیید این اقدام وجود ندارد ولی ماده ۱۰ قانون مدنی، علی القاعده از نظریه اخیر مبنی بر درستی توافق حمایت می‌نماید.

حقوقدانان اعلام اراده را نوعی کاشف اراده یا وسیله اظهار می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۰۷؛ حائری شاه باغ، ۱۳۹۸: ۱۵۱؛ صفایی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۶۵). از این منظر در نظام حکومت اراده باطنی، اراده ظاهری (غیرواقعی) بیان شده اثری ندارد و اراده باطنی طرفین است که مؤثر واقع می‌شود؛ اما در نظام حکومت اراده ظاهری، اراده بیان شده معتبر است و ادعای مخالف پذیرفته نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۳۹). اما در مقابل گفته شده است، در تقابل اراده باطنی با اراده اعلام شده، این اراده اعلام شده است که از ابعاد مختلف حقوقی و اجتماعی بر اراده باطنی حاکمیت و ارجحیت دارد. اراده اعلام شده در بطن خویش مبتنی بر قصد است و نباید به اعلام کننده آن اجازه اثبات امر دیگری به عنوان قصد باطنی یا واقعی که در درون اشخاص بوده و از دیگران کتمان مانده است داده شود؛ زیرا در روابط اجتماعی به اراده اعلام شده بر اساس «اصاله الظهور» و «اصاله الحقیقت» در کنار اعتماد و اتکاء بر ظاهر اعمال و رفتار اشخاص توجه بیشتری می‌گردد. هیچ کس درصدد یافتن قصد باطنی دیگری نیست چراکه فرض بر این است در هر اعلام اراده‌ای قصد مستتر است (حسینی مقدم و محمدی: ۱۳۹۸: ۲۸۵). با این وجود برخی به استناد نظر فقها در قاعده «العقود تابعه للقصود» فقط در حوزه نظریه اراده ظاهری را اعمال می‌کنند، لذا می‌توان گفت معنی قصد در قاعده فقهی مزبور «قصد باطنی نیست بلکه قصد مکشوف به کاشف، یعنی اراده ظاهری یا مدلول ایجاب و قبول است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۹) و بر همین اساس به استناد منبع این قاعده دو حدیث «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى» با نظریه اراده باطنی هم مطابقت دارند. اما در ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی اصلاحی فرانسه، با آن که اصل را مجدد بر اراده مشترک و باطنی طرفین در مبحث تفسیر قراردادها بنا نهاده است، اعلام می‌دارد: «قرارداد را می‌بایست بر مبنای قصد مشترک طرفین و نه از ترجمه لفظ مواد آن، تفسیر نمود. زمانی که نیت طرفین مشخص نیست، قرارداد مطابق معنایی تفسیر می‌شود که یک شخص بی طرف از قرارداد استنباط می‌کند». بنابراین به نظر می‌رسد بحث اساسی اعتبار دو توافق راجع به موضوع واحد است که یکی به نحوی مکتوم صرفاً بین طرفین است و آن دیگری مورد اعلام واقع و اساساً در برابر همگان آشکار شده است. بنابراین چنانچه گفته شد، به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، نباید اعتبار چنین توافقی از جنبه اصول و قواعد حقوقی بین طرفین داری اشکال و ایراد باشد؛ زیرا حاکمیت اراده اقتضای امکان تغییر در موضوع قرارداد از حیث کاهش یا افزایش مبلغ راجع به مهریه خواهد داد. چنانکه در ماده ۲۹۲ قانون مدنی تغییر موضوع قرارداد با تراضی طرفین در قالب تبدیل تعهد اجازه داده شده است و مقنن در ماده ۲۸۹ ابراء از دین را پیش‌بینی نموده است. اما نکته حائز اهمیت این است که آیا می‌توان در جامعه نیز این روش را درست تلقی نموده و بی‌آنکه وارد مقوله پنهان یا

آشکار بودن چنین توافق و متعرض بدان شد، بر تصمیمات طرفین عقد در خفا اعتبار بخشید و کاملاً به اراده اعلام شده بی توجه ماند؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت به نظر می‌رسد، نکاح مانند سایر قراردادهای معوض و در قالب عقود مغاینه‌ای نبوده است که بتوان آن را در زمره عقود مالی دانست و بر اساس قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» قائل بدان شد. لذا در عقد نکاح طرفین از هرگونه دخل و تصرفی در حقوق مالی خویش برخوردارند و می‌توانند در مبلغ مهریه تغییراتی اعم از افزایش و کاهش با برخورداری از نهادهای قانونی مانند تبدیل تعهد و یا اقاله بدهند. در واقع عقد نکاح از قداست و جایگاه خاصی در جامعه برخوردار است و مهریه با همه اهمیت خود هرگز موجب نخواهد شد تا اصل اعتبار عقد نکاح تحت شعاع قرار گیرد. از این حیث مهریه همچنان باید جنبه فرعی و غیراساسی در کنار اصل نکاح داشته باشد ولیکن نباید به آسانی دستخوش تغییرات قرار گیرد، در غیر این صورت تزویر و دورویی در جامعه به وجود می‌آید و بیم آن می‌رود که عده‌ای از جوانان هنگام انعقاد عقد نکاح اطرافیان را به دلایل مختلف نظیر تجمل‌گرایی به سمت و سوی مهریه کلان، اما غیرواقعی سوق دهند، درحالی که واقعیت امر چیزی دیگری بوده و ارزش واقعی مهریه کمتر از آن است. در مواردی نیز ممکن است میزان مهریه پنهانی بیشتر باشد و برای مثبت جلوه دادن خویش مقدار مهریه را متعارف و یا بسیار کم اعلام کنند تا از این طریق عواطف و اعتماد دیگران را به خود جلب کنند. در چنین شرایطی است که خانواده و یا افراد جامعه از سر بی‌اطلاعی نسبت به مهریه پنهانی، بر اساس مهریه اعلام شده اقدام می‌کنند. حال چگونه ممکن است برخلاف باور اشخاص جامعه و خصوصاً خانواده طرفین عقد نکاح، پرده از واقعیت امر برداشته و برخلاف جنبه اجتماعی عقد اظهار داشت که مهم جنبه توافق پنهانی مهریه است. لذا ضرورت اقتضاء دارد مقنن همانند بسیاری از موارد خاص مداخله نماید و اجازه افزایش یا کاهش میزان مهریه با توافق پنهانی را از اشخاص سلب نماید. لذا در این خصوص باید تغییر در میزان مهریه در عقد نکاح منع گردد، مگر آنکه بدون آنکه موضوع توافق پنهانی و عقدصوری در بین باشد طرفین از طریق ابراء یا هبه طلب به مدیون، نسبت به کاهش مهریه اقدام ورزند که در این صورت نباید آن را ممنوع دانست؛ زیرا در این خصوص حقوقدانان این نهادها را برای تغییر یا از بین بردن دین می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۷۰).

۴- چگونگی پیدایش توافق پنهانی نسبت به مهریه

در حقوق ایران همانند اصل عقد پنهانی و آثار آن، در خصوص چگونگی پیدایش این عقد، بررسی و حکم خاصی صادر نشده است. از منظر برخی از حقوقدانان از جمله دکتر کاتوزیان،

برای دستیابی به تقسیم‌بندی باید مثال‌هایی ذکر گردد که در حقوق فرانسه نظیر آن آمده است. ولیکن این که چرا و بر چه اساس افراد دست به انعقاد عقود پنهانی می‌زنند به انگیزه‌های مختلف اشخاص بستگی دارد و به نحو وسیعی متفاوت است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۲). اما در خصوص اینکه الزاماً عقد پنهانی راجع به مهریه باید، بعد از انعقاد عقد نکاح و تعیین مهریه مجدداً شکل بگیرد و یا اینکه همزمان با انعقاد عقد نکاح نیز چنین امری امکان‌پذیر است هیچ مقررهای خاصی در دست نیست که حاکم بر موضوع باشد. در ادامه به بررسی شرایط و پیامدهایی که ممکن است در پی عقد پنهانی بر مهریه شکل بگیرد می‌پردازیم.

۴-۱- تأثیر توافق پنهانی در مهریه بر کاهش یا افزایش آن

توافق پنهانی در خصوص مهریه ممکن است باعث کاهش یا افزایش مهریه گردد. شورای نگهبان در خصوص امکان تغییر مهریه از حیث افزایش آن پس از عقد نکاح بی‌آنکه وارد بحث عقد پنهانی گردد و یا بدان بپردازد در نظریه شماره ۸۸/۳۰/۳۵۰۷۹ مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۲، بیان داشته است: «مهریه شرعی همان است که در ضمن عقد واقع شده است و از دیاد مهر بعد از عقد، شرعاً صحیح نیست و ترتیب آثار مهریه بر آن خلاف موازین شرع شناخته می‌شود». بر همین اساس نیز دیوان عدالت اداری طی رأی وحدت رویه شماره ۸۸/۴۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۵، اعتبار یا عدم اعتبار جزء ب از قسمت ۱۵۱ بخشنامه‌های ثبتی را، مستند به نظر مذکور شورای نگهبان ابطال نموده است و اجازه تنظیم سند رسمی اقرار به منظور تغییر در مقدار مهریه را منتفی اعلام کرده است. از این جهت تنها نصی که در ممنوعیت تغییر مهریه وجود دارد، نظریه شورای نگهبان است و از رأی مذکور استنباط می‌گردد. بر این اساس افزایش مهریه پس از وقوع عقد نکاح، دیگر دارای عنوان و آثار مهریه نیست و بر این اساس حمایت‌های که مقنن از زن در جهت وصول مهریه به عمل می‌آورد از شمول این امتیاز خارج است. در رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نیز نظریه شورای نگهبان هیچ محدودیتی راجع به کاهش مهریه پیش‌بینی نشده است.

۴-۲- تأثیر تقدم یا تأخر عقد نکاح بر مهریه در توافق پنهانی

توافق پنهانی در خصوص مهریه ممکن است همراه عقد نکاح مقدم و یا مؤخر باشد. در خصوص این که زمان توافق مهریه پنهانی نسبت به مهریه وانمود شده در عقد نکاح اصلی مقدم یا مؤخر باشد، دو فرض قابل تصور است. با این توضیح که از یک سو از ابتدا طرفین به‌طور واقعی ولی به نحو پنهانی نسبت به مقدار دقیق مهریه توافق نمایند و حقوق زوجه را تثبیت نمایند و مقرر دارند در نکاحی که به‌طور رسمی منعقد می‌شود، میزان مهریه ضمن عقد به‌طور صوری خواهد بود و

ملاک در میزان مهریه همین مبلغ مورد توافق به طور پنهانی است. از سوی دیگر ممکن است پس از این که عقد نکاح توأم با مهریه شکل گرفت، متعاقب این امر به توافق بعدی دست یابند و میزان مهریه واقعی مبلغی باشد که در توافق جدید اخیر مقرر شده است و به طور پنهانی نگه داشته خواهد شد. در هر دو فرض آنچه ملاک عمل برای طرفین است مهریه موضوع توافق پنهانی است. از نوشتار برخی از فقها برمی آید که ظاهراً مهریه پنهانی مجدداً در ذیل نکاح دیگری و جدا از نکاحی که قبلاً ذیل آن مهریه پیش بینی شده است درج می گردد (طوسی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۱: ۷۲). اما به نظر می رسد، ولو اینکه عقد نکاح دیگری مجدداً منعقد نشود و صرفاً راجع به مهریه به طور مستقل و به نحو پنهانی توافق گردد و از حالت شرط به شکل عقد مستقل درآید از این جهت می توان همین را نوعی عقد پنهانی راجع به مهریه در برابر توافق قبلی مربوط به همان مهریه ذیل عقد نکاح دانست. وانگهی اینکه اعتبار این توافق پنهانی چگونه است، امر قابل بحثی است که باید بدان پاسخ داد. در حقوق فرانسه نیز وجود دو قرارداد در رویه قضایی را شرط در عقود پنهانی دانسته اند. چنان که رأی نهایی دادگاه تجدیدنظر در سال ۱۹۵۳، در این کشور به این نتیجه رسیده است که مفهوم قرارداد پنهانی شامل وجود دو قرارداد است. یک قرارداد ظاهری و آشکار است ولیکن قراردادی دیگری آشکار نشده است و یا پنهانی را ایجاد می کند (Cass, 2000:134). اما در فقه قائل به دسته بندی دیگری از حیث چگونگی وقوع این دو توافق هستند که در ادامه خواهد آمد.

۴-۳- ضرورت توافق صوری در تعیین مهریه

در ادامه بحث این سؤال پیش می آید که آیا الزاماً باید یکی از دو توافق منعقد صوری باشد؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت، زمانی که طرفین عقد نکاح چنین توافقی می نمایند، اگر آنچه موضوع مهریه اعلام شده است، در واقع ملاک عمل نبوده و قصد واقعی طرفین در تعیین این مهریه مفقود و به عبارتی صوری باشد، بلکه مهریه مورد قصد ایشان، همان چیزی باشد که به طور پنهانی بر آن توافق کرده اند؛ در این صورت یکی از دو توافق نسبت به مهریه صوری تلقی می شود. لیکن به نظر نمی رسد که تنها راه بروز توافق پنهانی بر مهریه، وجود یک توافق صوری وانمود شده در برابر یک توافق پنهانی باشد، چراکه از منظر حقوقی این فرض که قرارداد اولیه ضمن عقد نکاح واقعی محسوب شود، ولی طرفین بعد از آن در میزان مهریه توافق دیگری نمایند و با این تغییر به نوعی توافق اولیه را بلاثر سازند، امکان پذیر است.

۴-۴- ماهیت مهریه مورد توافق اولیه و ثانویه

یکی از مباحث مهم دیگر که نیاز به بررسی دارد، پاسخ به این سوال است که اگر موضوع مهریه اولیه عین معین نبوده و کلی فی الذمه باشد آیا این توافق را می‌توان نوعی تبدیل تعهد پنداشت؟ به عبارت دیگر در شرایطی که طرفین همچنان بر بقای توافق قبلی وانمود می‌نمایند و توافق جدید را پنهان نگه داشته‌اند، آیا مهریه اولیه که به لحاظ حقوقی فاقد اعتبار است در ازای ایجاد تراضی بعدی و پیدایش تعهد جدید، منتفی و ساقط خواهد شد؟

به نظر می‌رسد، روش ایجاد مهریه پنهانی به چند صورت قابل تصور است: ممکن است در برابر قرارداد صوری در خصوص مهریه اعلام شده توافق نهانی واقعی وجود داشته باشد که در این صورت توافق ظاهری صوری است. در حالت دیگری ممکن است توافق اعلام شده در خصوص مهریه واقعی باشد، اما با توافق واقعی و در عین حال توافق جدید پنهانی بعد از آن، اثر توافق اعلام شده واقعی را ساقط سازند و همچنان مصمم بر کتمان توافق جدید خویش باشند. لازم به ذکر است این امر در فرضی که توافق نهانی جدید مؤخر بر توافق اعلام شده شکل بگیرد، توافق پنهانی تبدیل شده و صوری نیست.

۴-۵- توافق پنهانی و مسئله‌ی تدلیس

اساساً عقد صوری قراردادی دروغین است که طرفین در حالی که اصلاً چنین قراردادی وجود ندارد وانمود به وجود آن قرارداد می‌کنند (Bamde & Bourdoisead, 2017: 2؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۲). اگر طرفین برای سرپوش نهادن بر توافق واقعی خویش در حالی که اراده‌ای واقعی در انعقاد عقد ظاهری وجود نداشته باشد، اقدام به انعقاد یک عقد صوری نظیر قیمت غیر واقعی در عقد بیع نمایند آن قرارداد باطل تلقی می‌شود؛ یعنی یک کاهش ناباورانه‌ای از ثمن متصور و عملاً مغایر با واقعیت است (Terre Fr & Simler, 2005: 295).

بر این اساس حقوقدانان معتقدند به دلیل اینکه در انعقاد قرارداد صوری، قصد واقعی وجود ندارد و عقد پنهانی نیز باید تابع قواعد عمومی قراردادها باشد در این فرض به جهت فقدان قصد و عدم رعایت شرایط ماهوی عقود، معامله صوری درست و صحیح نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۹). این روش همانند آن است که با یک طرفند هویت واقعی طرفین به وسیله یک واسطه در پشت یک قرارداد مخفی بماند (Bamde & Bourdoisead, 2017: 2؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۴) به عنوان مثال حق العمل کاری. در این فرض ذی‌نفع عقد شخص دیگری است که در مقام اعلام اراده به‌ظاهر

حضور و نقش ندارد و نامی از وی برده نمی‌شود ولیکن در نهایت قرارداد برای او منعقد می‌گردد. از این حیث که طرف واقعی عقد، پنهان واقع شده و معرفی نگردیده است. در ایران در ماده ۱۹۶ قانون مدنی، از این وضعیت تا حدودی دفاع و بدان اعتباربخشیده شده است که ممکن است بعداً ثابت شود طرف عقد واقعاً شخص دیگری بوده است. ولی در مهریه پنهانی دو مهریه با ارقام متفاوت مورد توافق قرار می‌گیرند و این دقیقاً مانند قرارداد تدلیسی، به عقدی اطلاق می‌گردد که طرفین مذاکره یک قرارداد جعلی و دروغینی را به ظاهر منعقد می‌کنند (Bamde & Bourdoisead, 2017: 2)؛ همانند وقتی که در بیع فروش ظاهری و قیمت کمتر نسبت به قیمت واقعی برای تقلب مالیاتی صورت می‌گیرد (Larroumet, 2003: 765)؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۴) تا حقیقت در آن پوشیده بماند.

۵- چگونگی اعتبار مهریه پنهانی در برابر اشخاص ثالث

پیش‌تر نقد مطرح شده راجع به وضعیت اعتبار توافق پنهانی نسبت به مهریه بین زوجین بررسی گردید و اساساً پذیرفته نشدن این توافق پنهانی بین طرفین عقد نکاح و به عبارتی ممنوعیت تغییر مهریه مورد ترجیح قرار گرفت. اکنون این پرسش مطرح است که آیا این توافق پنهانی می‌تواند له یا علیه اشخاص ثالث مورد استناد قرار گیرد یا خیر؟ به‌عنوان مثال، اگر زنی در هنگام انعقاد عقد نکاح میزان مهریه خویش را ۱۰۰۰ عدد تمام سکه بهار آزادی قرار دهد ولیکن با توافق پنهانی آن را به تعداد ۱۴ سکه، با اراضی جدید تقلیل دهند و در این اثنا شوهر فوت نماید، آیا اشخاص ثالث به‌عنوان طلبکاران متوفی می‌توانند در برابر دعوای مطالبه مهریه اقامه‌شده به‌وسیله زوجه متوفی علیه سایر وراث، اقدام به دعوای ورود ثالث و یا پس از صدور حکم دعوای اعتراض ثالث طرح نمایند و به توافق پنهانی فی‌مابین زوجین استناد نمایند که میزان مهریه پنهانی زن ۱۴ سکه بوده و وی حقی بیش از این در برابر زوج خویش نداشته است تا بر ترکه و در نهایت بر عهده وراث استقرار یابد؟

علی‌القاعده اشخاص نمی‌توانند به ضرر دیگران توافق نمایند به‌عنوان نمونه، اگر زوج تاجر بوده و متوقف گردد و حکم ورشکستگی زوج صادر گردد و زوجه بخواهد برای مطالبه مهریه پنهانی خود بعد از اثبات در غرما وارد شود، بر اساس ماده ۴۶۲ قانون تجارت و یا ماده ۲۶ قانون اداره تصفیه ورشکستگی که طلبکاران از جمله زوجه در خصوص مطالبه مهریه، باید اسناد و مدارک مثبت طلب را به مراجع تعیین‌شده در دادگاه یا اداره تصفیه ورشکستگی ارائه نمایند تا مورد بررسی واقع شود (اسکینی، ۱۳۹۰: ۱۶۱)، در این صورت این اقدام زوجه بر ارائه قرارداد پنهانی راجع به مهریه و

مطالبه مبلغی بیشتر از میزان مهریه اعلام شده رسمی به ضرر سایر طلبکاران است. همچنین از آنجا که اصل نسبی بودن قراردادها وفق ماده ۲۳۱ قانون مدنی، اقتضاء دارد تا نفع و ضرر و حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد متوجه متعاملین یا قائم مقام آنان گردد، تحمیل ضرر بر دیگران از حیث حقوقی ممنوع و از حیث اخلاقی ناپسند است و هیچ کس بر دیگران ولایت نداشته و نمی تواند حاکمیت اراده دیگران را نادیده بگیرد که این امر مورد پذیرش حقوقدانان و اساتید است (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰ ب: ۱۷۳؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۰). این موضوع در فقه هم بر مبنای قاعده لا ضرر قابل توجیه است که اقدامات اشخاص نباید به ضرر دیگران منتهی شود (آملی، ۱۳۹۵: ۱۲۶؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۴۹ و ۱۵۷). لذا، باید توافق پنهانی زوجین در خصوص مهریه در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد نداشته باشد و به عنوان مثال زوجه نتواند با اثبات توافق پنهانی مهریه برای میزان مازاد به غرما در صورت ورشکستگی زوج، وارد گردد.

در حقوق فرانسه، همان طور که قبلاً اشاره شد، تأسیس حقوقی مهریه وجود ندارد ولی با توجه به عمومات بحث شده در خصوص عقود پنهانی، می توان وفق قسمت اخیر ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی اصلاحی فرانسه، که از یک سو اعلام می دارد: «زمانی که طرفین علاوه بر قرارداد آشکار قراردادی دیگر منعقد نمایند که قرارداد پنهانی نامیده می شود اثر آن تنها متوجه خود طرفین خواهد بود و نسبت به اشخاص ثالث اثری ندارد. اشخاص ثالث نیز نمی توانند به قرارداد پنهانی استناد کنند» و از سوی دیگر، ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی اصلاحی فرانسه هم مقرر می دارد: «قراردادهای پنهانی در مورد افزایش قیمت مندرج در قراردادی که در دفتر اسناد رسمی تنظیم شده است باطل می باشند. همچنین تمام قراردادهایی که باهدف مخفی کردن بخشی از ثمن معامله تنظیم شده باشند در صورتی که موضوع این قرارداد مربوط به فروش ملک غیرمنقول، انتقال حق سرقفلی... نیز باطل می باشند». بنابراین بر اساس این دو ماده قرارداد پنهانی را در حق اشخاص ثالث مؤثر ندانسته است و دیگر قراردادهای پنهانی را نیز به منظور مخفی نمودن بخشی از ثمن یا عوض معامله در معاملات معرض رسمی باطل دانسته است.

در حقوق ایران نیز افزایش مهریه پنهانی در سند رسمی، دارای شباهت با قانون فوق الذکر به دلیل منع قانونی است، با این توضیح به استناد رأی وحدت رویه شماره ۴۸۸/ ۸۸، مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۵، دیوان عدالت اداری اعتبار یا عدم اعتبار جزء ب از قسمت ۱۵۱ بخشنامه های ثبتی را مستند به نظریه مذکور شورای نگهبان ابطال نموده است و اجازه تنظیم سند رسمی اقرار را به منظور افزایش مقدار مهریه منتفی اعلام نموده است و در حال حاضر امکان افزایش مهریه در دفاتر اسناد رسمی وجود ندارد. بنابراین هیچ کدام از زوجین نباید قادر به استناد به توافق

پنهانی در برابر مهریه رسمی اعلام شده باشند و به عبارتی نباید با توافق پنهانی، مهریه رسمی اعلام شده را تغییر دهند. بنابراین به نحوی که در حقوق فرانسه ضمانت اجرا و تالی فاسد تغییر مبلغ را در معاملات انجام شده با سند رسمی به منظور کتمان نگه داشتن ثمن یا معرض باطل دانسته‌اند، در حقوق ایران نیز در خصوص مهریه می‌توان گفت باید تغییر در مهریه اعلام شده و مورد توافق با سند رسمی از سوی طرفین با توافق پنهانی ممکن نباشد. لازم به ذکر است چنین توافقی به جهت جنبه اجتماعی عقد نکاح و آثار و جایگاه خاص آن قابل مقایسه با سایر معاملات معوض و مغایه‌ای نیست، تا همانند این معاملات اخیر هر توافق بر تغییر در عوض و معوض مالی میسر باشد. زیرا بیم این وجود دارد که همین موضوع تأثیر منفی بر اصل نکاح داشته باشد و یکی از طرفین را وادار به از دست دادن برخی از حقوقش در عقد نکاح نماید. از سوی دیگر مبنای عدم امکان استناد زوجین به مهریه توافق شده پنهانی در برابر اشخاص ثالث بر این پایه استوار است که اعتباربخشیدن به چنین توافق پنهانی نه تنها موجب تضعیف وضعیت اسناد رسمی خواهد شد، با روح موادی مانند ۲۲، ۴۶، ۷۰، ۷۱، و ۷۳ قانون ثبت نیز تعارض دارد و مهم‌تر از آن با حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت نیز در تضاد است، زیرا اگرچه که اصل را باید بر قابلیت استناد بودن قراردادها در برابر اشخاص ثالث دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۳۵) اما، قلمرو این قابلیت استناد تا جایی است که هیچ ضرری به اشخاص ثالث وارد نسازد و موجب بروز خللی در حقوقشان نگردد.

۱۳۷

طبق مباحث ذکر شده، حال این سؤال پیش می‌آید که آیا توافق زوجین به ضرر اشخاص ثالث در فرض ورود زوجه در غرمای زوج ورشکسته برای مهریه افزایش یافته پنهانی، وفق ماده ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، نوعی قرارداد خصوصی مغایر با قواعد آمره و نظم عمومی تلقی نمی‌شود؟ به نظر می‌رسد، پذیرش و اعتباربخشی قرارداد پنهانی به ضرر اشخاص ثالث علاوه بر آنکه در مغایرت بانظم عمومی و قواعد آمره است، می‌تواند نوعی سوءاستفاده از حق مقرر در اصل ۴۰ قانون اساسی، به حساب آید و هم طبق قاعده لاضرر نباید چنین ادعایی علیه ثالث مسموع باشد. همچنین ممکن است، این بحث مطرح گردد که آیا اشخاص ثالث حق دارند تا به توافق پنهانی بین زوجین استناد نمایند یا خیر؟ ممکن است، گفته شود که طرفین عقد پنهانی حق استناد به قرار داد پنهانی در برابر اشخاص ثالث را ندارند و بالعکس نباید این حق را برای اشخاص ثالث در برابر این اشخاص نیز قائل شد. به عبارتی، نباید به اشخاص اجازه تفکیک بین سود و زیان داد تا به اختیار از توافق پنهانی به نفع خویش استفاده نمایند، اما از پذیرش آن در صورت ورود

ضرر امتناع ورزند. به نظر می‌رسد، اگر از منظر دیگر به موضوع نگریسته شود می‌توان گفت، عدم اجازه به اشخاص ثالث در استناد به قرارداد پنهانی بین زوجین خود به نوعی تحمیل ضرر ناروا به اشخاص ثالث منجر خواهد شد و در نهایت ممکن است سودی هم برای همان طرفین عقد پنهانی در پی داشته باشد.

ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی اصلاحی فرانسه نیز، به‌صراحت اثر قرارداد پنهانی را متوجه خود طرفین دانسته است و طبق این ماده قرارداد پنهانی نسبت به اشخاص ثالث بدون تفکیک قائل شدن بین نفع و ضرر برای ثالث به‌طور مطلق اثر ندارد، اما به نظر می‌رسد ایجاد چنین تفکیکی شایسته‌تر و منطبق با قواعد حقوقی است.

بحث و نتیجه‌گیری

در حقوق ایران نص صریحی، راجع به چگونگی و اعتبار توافق پنهانی در خصوص مهریه، بین زوجین و نسبت به اشخاص ثالث وجود ندارد. لذا با استناد به نظریه‌ی حاکمیت اعلام اراده در خصوص توافق پنهانی درباره مهریه، نظر به جایگاه و منزلت اجتماعی خاص عقد نکاح نسبت به سایر عقود و پرهیز از مقایسه مهریه با سایر عوض مانند ثمن در معاملات معوض، باید از توافق زوجین به‌طور پنهانی در برابر مهریه رسمی و اعلام‌شده به‌منظور کاهش یا افزایش آن جلوگیری نمود و به این موضوع تنها به استناد اصل حاکمیت اراده اعتبار نبخشید. لازم به ذکر است این امر مانع از آن نیست تا زن با استفاده از نهادهای حقوقی، مانند ابراء یا هبه طلب به مدیون تمام یا بخشی مهریه خویش را با حضور در دفاتر اسناد رسمی به زوج هبه یا اعراض نماید، چراکه در این فرض توافق پنهانی در بین نیست تا با وجود اعلام اراده بر میزان معینی از مهریه برخلاف آن مجدداً توافق پنهانی ایجاد شود. لذا تا حد امکان باید به اراده اعلام‌شده پایبند بوده و در گریز از بار تعهدات آن امتناع نمود تا هم اصل لزوم و استحکام معاملات حفظ گردد و هم از پیامد منفی آن مانند تزلزل اعتبار سند رسمی نکاح جلوگیری شود؛ اما در فقه با آنکه عده‌ای معتقدند اعتبار بر توافق پنهانی نسبت به مهریه بار نیست، اساساً این چنین توافق را معتبر تلقی می‌نمایند. از حیث امکان استناد به توافق پنهانی راجع به مهریه در برابر اشخاص ثالث به‌وسیله زوجین، نیز باید گفت تجویز چنین اقدامی موجب تحمیل ضرر به اشخاص ثالث می‌گردد که به‌موجب قاعده لا ضرر هم در فقه و هم به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی، چنین توافقی مغایر بانظم عمومی و قواعد آمره محسوب خواهد شد. بالعکس سلب حق استناد به توافق پنهانی از اشخاص ثالث در مواردی که

آن توافق پنهانی به نفع اشخاص ثالث است خود نوعی تحمیل ضرر ناروا بر اشخاص ثالث و ایجاد سود بلاجهت برای طرفین توافق پنهانی خواهد شد. در حقوق فرانسه، از یکسو طبق ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی جدید فرانسه، توافق پنهانی بین طرفین را همان عقد علی القاعده معتبر می‌دانند، اما عقد پنهانی، به‌طور مطلق، چه به نفع و چه به ضرر اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود. از سوی دیگر نیز در ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی فرانسه، اجازه انعقاد قرارداد پنهانی به‌منظور افزایش مبلغ مندرج در سند تنظیم‌شده به نحوی باطل انگاشته شده است و امکان انعقاد قرارداد پنهانی به‌منظور مخفی نمودن مبلغ معامله در معاملات مربوط به فروش ملک غیرمنقول، انتقال حق سرقتی، حق انتفاع، حق کسب و پیشه را از اشخاص سلب نموده است. از این حیث، می‌توان از مفاد این ماده الگوبرداری نموده و اجازه تغییر در مهریه رسمی اعلام‌شده با انعقاد یک توافق پنهانی را ممنوع کرد، کما این‌که در خصوص افزایش مهریه رأی وحدت رویه شماره ۴۸۸/۸۸، مورخ ۱۳۸۸/۶/۱۵، دیوان عدالت اداری راجع به اعتبار یا عدم اعتبار جزء ب از قسمت ۱۵۱ بخشنامه‌های ثبتی به استناد نظریه شماره ۸۸/۳۰/۳۵۰۷۹، مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۲، شورای نگهبان به این نظریه گرایش نشان داده است.

منابع

- ◀ اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۰). حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه، چاپ چهاردهم، تهران: سمت.
- ◀ آملی، میرزا هاشم، (۱۳۹۵ ق). مجمع الافکار، قم: المطبعه العلمیه.
- ◀ ایزدی فرد، علی اکبر، (۱۳۸۰). حیل‌های شرعی «بخش عقود»، چاپ اول، بابلسر: دانشگاه مازندران.
- ◀ باقری، پرویز، عبدالجبار زرگوش نسب و مهدی شعبان نیا منصور، (۱۳۹۸). «بازپژوهی رجوع زوجه از هبه‌ی مهریه و ابراء آن هنگام طلاق»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۲، ش ۸۶.
- ◀ بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۱، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء.
- ◀ بروجرودی عبده، محمد، (۱۳۸۰). حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- ◀ جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۱۷ ق). معجم فقه الجواهر، ج دوم، چاپ اول، الغدیر للطباعه، بیروت: الغدیر.
- ◀ حائری شاه باغ، سید علی، (۱۳۹۸). شرح قانون مدنی، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- ◀ حسینی اکبرنژاد، حوریه، (۱۳۹۹). «ارزش‌گذاری کار خانگی زنان در اسلام و رویه‌ی نهادهای بین‌المللی»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۲، ش ۸۸.
- ◀ حسینی مراغه‌ای، میرفتاح، (۱۴۱۷ ق). العناوین الفقهیه، ج دوم، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- ◀ حسینی مقدم، سید حسن، محمدی، سام، (۱۳۹۸). آفرینش اثر حقوقی با اعلام اراده، چاپ اول، تهران: مجد.
- ◀ حلی، نجم الدین جعفر (محقق). (۱۴۰۷ ق). شرایع الاسلام، ج دوم، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ◀ خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷ ق). محاضرات فی الاصول، ج اول، چاپ اول، قم: انتشارات انصاریان.
- ◀ سمرقندی، علاءالدین، تحفه الفقها، ج اول، چاپ اول، قم: دارالمکتبه العلمیه، بی تا.
- ◀ شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲). آثار قراردادها، چاپ اول، تهران: مجد.
- ◀ صفایی، سید حسین، (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، ج دوم، چاپ ششم، تهران: میزان.
- ◀ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ق). المبسوط، ج چهارم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
- ◀ _____ (۱۴۰۲ ق). الخلاف، ج یازدهم، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- ◀ عراقی، ضیاءالدین، (۱۴۱۷ ق). نهایی الافکار، ج اول، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی قم.
- ◀ عمید، حسن، (۱۳۵۷). فرهنگ فارسی عمید، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چاپ ششم، تهران: سهامی انتشار.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، ج سوم، چاپ پنجم، تهران: سهامی انتشار.

- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰ الف). دوره‌ی حقوق مدنی خانواده، ج اول، چاپ دوم، تهران: سهامی انتشار.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰ ب). اعمال حقوقی، چاپ چهارم، تهران: سهامی انتشار.
- ◀ محقق داماد، مصطفی، (۱۳۷۳ ق). قواعد فقه، ج اول، چاپ چهارم، تهران: علوم اسلامی.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ ق). انوار الفقها، ج اول، چاپ اول، قم: مدرسه امیر المومنین.
- ◀ نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). جواهرالکلام، ج سی و یکم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

► Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis Alland et Stéphane RIALS, éd. PUF et Lamy, 1ere éd, 2003.

► Grimaldi Michel. Libéralité; partages d'ascendants, Litec, n 1108, 2000.

► Larroumet Ch. Le contrat, les obligations, Economica 5e éd. n 765.2003.

► Malaurie Philippe, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Les obligations, Defrénois, Droit civil, 2e ed. 2005.

► Mazeahd. H, Cours de droit civil, 1956, 2e année, polycopie, p. 183, cité par Jean Denise BREDIN en Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, RTD civ. 1956.

► Ripert et Boulanger, traité élémentaire de droit civil, 4e éd. T 2, n 580 et s, cité par Jean Denise BREDIN en Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, RTD civ. 1956.

► Terre Fr. SIMLER Ph, LEQUETTE Y. Les obligations, Dalloz, n 295, 2005.

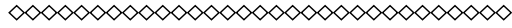
► Cass. civ. 1re, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, no 15: Dans le même sens: Cass. com. 21 juin 1961, Bull. civ. III, n 283.

► Cass. com. 21 Juin 1961, Bull. civ. III, no 283. Plus récemment: Ch. Cass. civ. 1er, 28 nov. 2000, RTD civ. 2001.

► Villey Michel, «préface historique sur les notions du contrat, archives de philosophie du droit », Tome XIII, 1968.

► Bamde Aurelin & Bourdoisead J, Droit des contrats, la simulation, 2017, <https://aurelienbamde.com/2017/08/12/la-simulation/>

مقتطفات المقالات



العدالة الجنديرية و الخطاب التغيير في احكام الفقيه للنساء

مهدي شجریان^١

المقتطف

العدالة الجنديرية تعنى العدالة الاستحقاقية بين النساء والرجال، يحاول «الخطاب التغيير» من ان يقلل من اللامساواة في الاحكام الفقيه بين النساء والرجال. في هذا المقال، نريد ان نحلل منهج هذا الخطاب ونوفر خارطة طريق للوصول الى العدالة الجنديرية. في هذا البحث، كان الجهد منصبا وبالاعتماد على المنهج التوصيفي – التحليلي ان ندرس مؤلفات الكتاب ما بعد الثورة الاسلاميه في ايران حول هذا البحث. في ضمن هذا الخطاب، تحاول «اتجاهات الغير الفقيه والتويريه» ان تقترح في مصداقيه الكتاب والسنة ولكن الاتجاهات الفقيه تصر على مصداقيه الادله الفقيه في الجملة. يرى احد الاتجاهات الفقيه المسمى «باتجاه التغيير في الاجراء» ان مجال التغيير يكون فقط في مرحله اجراء الاحكام، غير ان «اتجاه التغيير في الافتاء» يرى ان التغيير هو في مرحله استنباط الاحكام اما به «اكتشاف فروع جديده» فعلينا ان نعيد النظر في الادله الفقيه المتداوله، و اما به «اتجاه وضع اصول جديده» على ان التغيير هو في نفس قواعد الاستنباط لاحكام الشرعيه والوصول الى مناهج فقيه جديده. بغض النظر عن بعض الاشكالات الصغريه الموجوده في هذه الاتجاهات، نمكن ان ندعى على انه جوهر هذه الاتجاهات مجديده واطارها للوصول الى العدالة الجنديرية كما يلي: اولاً: وضع اصول جديده واعاده النظر في قواعد الاستنباط، ثانياً: كشف فروع جديده واعاده النظر في الادله، ثالثاً: نستخدم اتجاه التغيير في الاجراء اذا واجهنا مفاسد في هذه اللامساواة الجنديرية و اخيراً، نستخدم خطاب الثبات اذا لم نواجه اي تغيير موجه حتى في مرحله الاجراء.

١٤٤

المفردات الاساسيه

حقوق النساء، المنهج الفقيه، الاجتهاد في الفروع، الاجتهاد في الاصول، العدالة الجنديرية.

١. دكتوراه الفلسفة الإسلامية المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية، قم، ايران. (shajarian110.m@gmail.com)

النموذج الأخلاقي لطلاق الزوجين في القرآن الكريم

محمد رضا جباران^١

المقتطف

الطلاق كعمل تطوعي هو موضوع تعاليم أخلاقية، لكن سياق وشروط الانفصال تحول دون الاهتمام بالأخلاق. يتطلب حل عدم توافق السياقات العاطفية والاجتماعية وشروط الطلاق مع السلوك الأخلاقي نموذجاً أخلاقياً فعالاً و مستنداً الى الواقع. بافتراض أن القرآن الكريم له نموذج أخلاقي فعال لهذا الجزء من الحياة الزوجية، فقد حاولت هذه الدراسة اكتشاف هذا النمط من القرآن الكريم بطريقة وصفية تحليلية وحللت الآيات المتعلقة بموضوع الطلاق بناءً على مصادر تفسيرية. وأظهرت نتائج هذه الدراسة أن القرآن الكريم قدم نموذجاً رباعياً الأبعاد للتنفيذ الأخلاقي للطلاق: لاتباع هذا النموذج، يجب أن يكون الطلاق متجهاً الى تحقيق فرصة للكمال، مبتنياً على الآثار الاجتماعية و الاحكام الشرعية الإسلامية بما في ذلك من المراتب كالحكم التنزيهي و الترخيصي و الوصايي، يجب أن يتم في سياق مراعاة العرف ومحاولة الحفاظ على السلام والمنافسة للاحسان، والمضى في عملية مراقبة الوقت، والشهادة والتمتع.

المفردات الاساسيه

النمط، الأخلاق، الزوج، الطلاق، النمط الأخلاقي.

مطالبات النساء في الحق في الضمان الاجتماعي مطالبات المرأة والحق في الضمان الاجتماعي مع التركيز على دستور جمهورية إيران الإسلامية

راحله سادات حسيني^١، محمدجواد جاويد^٢، سيد محمدحسيني^٣، بابك درويشي^٤

المقتطف

وفقاً للمادة ٢١ من دستور جمهورية إيران الإسلامية، على الحكومة واجب ضمان حقوق المرأة بصورة خاصة، وفي المادة التاسعة والعشرين من الدستور، على الدولة واجب توفير « علناً » التأمين وحماية الضمان الاجتماعي للجميع. أيضاً، للانضمام إلى إيران في الاتفاقية رقم ١٠٢ لاتفاقية الضمان الاجتماعي لعام ١٩٥٢، يتعين على الحكومة إنفاذ الحق في الضمان الاجتماعي لجميع المواطنين، وخاصة للنساء. لذلك فإن السؤال الأساسي في هذا البحث يتعلق بالتزامات الحكومة في تلبية مطالب المرأة وممارسة الحق في الضمان الاجتماعي على أساس الدستور الإيراني. قام هذا البحث بتحليل اتفاقيات حقوق الإنسان باستخدام بيانات المكتبات والتأكيد على الدستور والقوانين واللوائح واتفاقيات حقوق الإنسان، ويعتقد أن سيادة القانون للمرأة تتمتع بالكرامة الإنسانية والضمان الاجتماعي وفقاً للدستور وفي مجال حقوق الإنسان وتمهيد الطريق للتخفيف من حدة الفقر وخلق حياة الرفاهية في إيران لكل المواطنين.

١٤٦

المفردات الاساسيه

الضمان الاجتماعي، الحماية الاجتماعية، دستور جمهورية إيران الإسلامية، مطالبات النساء.

١. طالب دكتوراه في القانون العام، جامعة آزاد، فرع جنوب طهران، طهران، إيران (الكاتب المسؤول) (st_r_hosseiney@azad.ac.ir).

٢. أستاذ بقسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طهران، طهران، إيران (jjavid@ut.ac.ir).

٣. أستاذ مشارك، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آزاد الإسلامية، فرع جنوب طهران، طهران، إيران (drsmh285@yahoo.com).

٤. أستاذ مساعد، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آزاد الإسلامية، فرع جنوب طهران، طهران، إيران (babakdarvishi@yahoo.fr).

التحليل الفقهي – القانونيه قاعده لا ضرر في ازاله ضرر ناجمه عن التمكين و نشوز زوجه

مريم مهاجرى^١

المقتطف

لم يصدر الله احكاماً مضره في المنصب القانون الاول ولكن قاعده لا ضرر تلغيا ان من هذه الاحكام تسبب الضرر للشخص في المنصب التنفيذي. تتابع هذه المقاله دراسه مع نمط الوصفى و التحليلى و تسعى للاجابه على هذا السؤال التى قاعده لا ضرر في ازاله الخسائر الناجمه عن عمل زوجه لتمكين خاص و ازاله الخسائر الناجمه عن نشوز زوجه للزوج ما هي مكانها؟ تشير نتايج هذا البحث رغم ان تمكين خاص يوجد من واجبات زوجه وفق قواعد الفقه و القانون لكن قاعده لا ضرر تستطيع ان تلغيا . لانها احكام الضرر او احكام متعلق بموضوعاتها متضمن الضرر هي احدى القواعد التى تحكم القواعد الاساسيه. ان قاعده لا ضرر هي اهم من قاعده الفقيهيه في ازاله ضرر بسبب تمكين خاص زوجه و ايضا ازاله و اصلاح الضرر بسبب عدم التمكين زوجه للزوج و لها مكانه مهمه. ماده (٤٠) القانون الدستورى و رقم (١١٠٨) القانون المدنى يؤكدا ان هذا الموضوع و لذلك و ان كان من واجبات الزوجيه تمكين الزوج و مع ذلك اذا كان العمل بهذه المهمه يضرر بالزوجيه و اساس قاعده لا ضرر و ايضا ماده (٤٠) قانون دستورى و رقم (١١٠٨) القانون المدنى التى فى الواقع هو احد مظاهر قاعده لا ضرر . تستطيع الزوجه رفضها من تمكين و ايضا الزوجيه تولى عن دورها و الزوج لم يستطع ان يزعجها مع الضرب و الجرح.

المفردات الاساسيه

قاعده لا ضرر، الضرر، تمكين خاص، النشوز، المرض.

الزواج الأبيض من رؤية فقهية - قانونية

على نصرتي^١، سيد ابوالقاسم حسيني زیدی^٢، موسى لشني^٣

المقتطف

الزواج الأبيض، هو أن طرفا العقد يقومان بتشكيل الحياة دون عقد النكاح الشرعي أو فقد إحدى الشروط للنكاح، وبما أنه يزيد عدده في المجتمع الحالي، فلذلك يلزم أن تدرس الأبعاد الفقهية والقانونية لهذه الظاهرة و يدقق فيها. هذا البحث، من خلال الطريقة التوصيفية- التحليلية، يسعى أن يدرس أهمية الزواج الأبيض في الفقه والقانون. نتائج البحث دلت على أن الزواج الأبيض لا يعتبر الزواج فقهيا وقانونيا بسبب عدم وجود إحدى أركان الزواج الشرعي الصحيح، لأنه يمكن تصوّر الحالات الثلاث في الزواج الأبيض، وأي ثلاث حالات تكون فاقد ركن أو أركان: في الحالة الأولى، الطرفان يقومان بعقد الزواج دون قصد و غرض الزواج، في الحالة الثانية: لوأنهما يقومان بعقد الزواج بقصد و هدف الزواج، لكن لا يوجد الإيجاب و القبول اللفظي (يعتبر بعض الأشخاص، هذا القسم كنكاح المعاطاة): و في الحالة الثالثة: لوأنه يوجد القصد و الغرض و اللفظ أيضا، لكنّه لا توجد الأركان الأخرى للزواج الشرعي مثل إذن الأب للبنات الباكرة أو ذكر المهر و الفترة و الزمان في الزواج المؤقت.

١٤٨

المفردات الاساسيه

النكاح، الزواج الأبيض، الفقه، الإسلام، إيران، الكون معا.

١. أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصول القانون، جامعة رضوى للعلوم الإسلامية، مشهد، إيران (الكاتب المسؤول) (nosratiali55@gmail.com)

٢. أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصول القانون، جامعة رضوى للعلوم الإسلامية، مشهد، إيران (Abolghasem.6558@yahoo.com)

٣. ماجستير في الفقه وأصول القانون، جامعة رضوى للعلوم الإسلامية، مشهد، إيران (m.Lashani68@gmail.com)

تحليل و نقد مادتين ١٠٥٠ و ١٠٥١ من القانون المدني

(الحرمة الأبديّة الناتجة عن الزواج في أيام العدة)

عبداله بهمن پوری^١

المقتطف

إذا تم الزواج في أيام العدة، فستقع حرمة ابديّة بين الرجل والمرأة بطريقتين. وفق الفقه الاسلامي هاتان الحالتان ظهرت في المادتين ١٠٥٠ و ١٠٥١ في القانون المدني. الحالة الأولى: الزواج بامرأة في أيام العدة حتى لو لم يكن هناك جماع، و الحالة الثانية جهل بالعدة مع وقوع الجماع. توجد كثير من الغموض و التساؤلات حول هذه المادتين. رغم وجود اصول و ضوابط حول عذر الجاهل، لماذا في هذه المادتين يوجد فرق في حكم الجاهل؟ هل الدخول الموجب للحرمة يلزم ان يكون في أيام العدة أم يكفي بعد ذلك؟ ما يكون حكم الاطفال المنتجين من هذا الزواج؟ و الاله من ذلك هل يكون طريق للتخلص من الحرمة الابديّة؟ تشير نتائج هذه الدراسة إلى أن إحدى طرق التخلص من الحرمة الابديّة هي أن الوكيل يجرى صيغة عقد النكاح. لذلك يمكن ان يقال نطاق التوكيل ليس الزواج الفاسد الذي يؤدي الي الحرمة الابديّة بل هو «إنشاء العقد الصحيح». لذلك اذا اجرى الوكيل صيغة للنكاح الفاسد، فلا أثر لهذا النكاح. ايضاً لتحقق موضوع الحرمة الابديّة يجب ان يكون الدخول في أيام العدة. على هذا اذا وقع الدخول بعد اتمام العدة فتكون المرأة بلا زوج و لا يكون الدخول في هذه الحالة حرام.

المفردات الاساسيه

النكاح في أيام العدة، الحرمة الأبديّة، الجهل بالحكم، العدة

الإتفاق السرى على المهر فى الفقه الإمامى والقانون الإيرانى مع نظرة على الإتفاق السرى فى القانون الفرنسى

مهرداد باكرزاد^١، سيد حسن حسينى مقدم^٢، محمد مهدي بور^٣

المقتطف

لا يتناول القانون المدنى وقانون حماية الأسرة مسألة الإتفاق السرى بين الزوجين بشأن المهر وآثاره، مما أثار شكوكاً حول صلاحيته والسؤال الذى يطرح هو ما إذا كان الإتفاق السرى على العقد المعلن عنه بين الطرفين وكذلك لأطراف الثالثة هل يمكن الاحتجاج به وصالح أم لا؟ من ناحية أخرى، يجب تمييز الإتفاق السرى بين الطرفين وبين الأطراف الثالثة على الرغم من العقد المعلن بناءً على هذه الاتفاقية السرية. على الرغم من عدم وجود ما يسمى بالمهر فى القانون الفرنسى، إلا أن العقود السرية لا تعتبر مقبولة بموجب عقد رسمى محدد قبالة أطراف ثالثة. ومع ذلك، فى الفقه تباين الأفكار واضح و هناك ميل إلى إثبات صحة عقد سرى فى العلاقات بين الطرفين. ومع ذلك، فإن الإذن بإثبات اتفاق سرى فيما يتعلق بالمهر لأحد طرفى العقد قبالة الآخر وأيضاً الآخرين سيكون له تاليا فاسداً والذى من شأنها أن يلحق أضراراً جسيمة بالعائلة ونظام التسجيل فى الدولة بسبب تجاهل الصلاحية من الوثيقة.

١٥٠

المفردات الاساسيه

المهر ، التعاقد السرى ، الطرف الثالث ، سريان العقد ، العقد المعلن.

١. طالب دكتوراه فى القانون الخاص ، جامعة مازندران ، بابلسر ، إيران (M.pakzad@stu.umz.ic.ir).

٢. أستاذ مساعد قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مازندران، بابلسر، إيران (الكاتب المسؤل) (s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir).

٣. دكتوراه فى القانون التجارى الدولى، عضو كلية جامعة آزاد الإسلامية، فرع إيلام، إيران (mehdipur81@yahoo.com).

Secret contract on dowry in Imami jurisprudence and Iranian law Looking at the secret agreement in French law

Mehrdad Pakzad¹, Seyed Hassan Hosseini Moghaddam², Mohammad Mehdipour³

Abstract

The couple has not discussed the secret agreement between the dowry of the civil law and the family protection law and its effects. This casts doubt on its validity, whether the secret agreement to the contract announced between the parties as well as to third parties can be invoked and valid? On the one hand, between the parties regarding the validity of the secret agreement, despite the announced contract, on the other hand, the citation of this secret agreement against third parties should be distinguished. Although there is no such thing as a dowry in French law, secret contracts are not acceptable under a specific formal contract or against third parties. However, in jurisprudence, the divergence of opinions is also evident and the tendency to validate a secret contract is in the relations between the parties. However, permission to prove a secret agreement regarding the dowry to one of the parties to the contract against the other and also against third parties will have a corrupt consequence, which will cause serious damage to the family foundation and the country's registration system due to neglect. The validity of the official marriage document is damaged.

10

Keywords

Dowry, secret agreement, third parties, contract validity, contract announced.

1. PhD Student in Private Law, Mazandaran University, Babolsar, Iran (M.pakzad@stu.umz.ic.ir).

2. Assistant Professor, Mazandaran University, Babolsar, Iran (Corresponding Author)
(s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir)

3. PhD in International Trade Law, Faculty of Islamic Azad University, Ilam Branch, Ilam, Iran(mehdipur81@yahoo.com).

Analysis and critique of Articles 1050 and 1051 of the Civil Law (Eternal sanctity resulting from marriage in the days of period during)

Abdollah Bahmanpouri¹

Abstract

If marriage is attempted in the days of period during, there will be eternal sanctity between a man and a woman in two ways. These two cases have been crystallized in Articles 1050 and 1051 following the jurisprudence in the civil law. The first case is marrying a woman who is in the period during, even if intimacy does not take place, and the second case is ignorance of the period during, but with the occurrence of intimacy. There are many ambiguities and questions about these materials, including how, despite the principles and rules regarding the excuse of the ignorant, there is such a ruling about the ignorant person? Should the intromission cause sanctity at the time of the person or is it sufficient after that? What is the Shari'a ruling on children born from such a marriage? And most importantly, is there a way to call it eternal sanctity? The findings of this study indicate that one of the ways to get rid of eternal sanctity is that usually the form of marriage contract is performed by a lawyer. Therefore, the scope of a lawyer's power of attorney is "creating a valid contract", not a marriage that is corrupt and leads to eternal sanctity. Therefore, if the lawyer performs the form of a corrupt marriage, such a contract has no effect, and in order to fulfill the issue of sanctity, there must be an intercourse in the days of period during to prove the ruling of eternal sanctity, so if intimacy takes place after the marriage has ended, the woman as is not a married woman and intimacy does not cause respect.

Keywords

Marriage in period during, eternal sanctity, ignorance of the rule, period during.

1. Assistant professor of Yasuj University, Yasuj , Iran (bahmanpouri10@gmail.com)

White marriage from a jurisprudential-legal perspective

Ali Nosrati¹, Abolghasem Hosseini Zeidi², Musa Lashani³

Abstract

White marriage means that the parties take action to co-habitation without concluding a legal marriage or lack one of the conditions of the marriage; and since its statistics are increasing in our current society, it is necessary to investigate the jurisprudential and legal aspects of this phenomenon. The present research attempts to investigate the importance of white marriage in jurisprudence and law in a descriptive-analytical method and has concluded that white marriage is not always considered as a marriage due to the lack of one of the pillars of correct legal marriage in terms of jurisprudence and law because three states can be imagined in white marriage, and all the three states lack one or more elements (pillars): in the first case, the parties take action to (co-exist) be together without any intention of marriage; In the second case, although they take action to (co-exist) be together with intention of marriage, there is no considerations and verbal acceptance (some consider this sort of marriage as a reciprocal (without acceptance) marriage); And in the third case, although there is both the intention and word, there are no other pillars of legal marriage, such as the father's permission for a virgin daughter or mentioning the dowry and duration in a temporary marriage.

Keywords

Marriage, white marriage, jurisprudence, Islam, Iran, be together.

1. Assistant professor, Islamic jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran (Corresponding Author)(nosratiali55@gmail.com).

2. Assistant professor, Islamic jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran(hoseini.zeydi@razavi.ac.ir).

3. Masters student , Islamic jurisprudence and fundamentals of Islamic law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran(m.Lashani68@gmail.com).

The Legal-Jurisprudential Analysis of Detriment Prohibition Rule in Remediating Damages Caused by Wife's Obedience and Disobedience

Maryam Mohajeri¹

Abstract

The God has not ordained harmful rules in the primary legislation position, but if the implementation of one of these rules causes any damage to a person, then the prohibition of detriment rule would resolve it. This study aims to investigate the position and requirements of the prohibition of detriment rule in remediating the damages caused by special obedience or disobedience of wife to the husband based on descriptive-analytical method. Although, the special obedience is one of the wife's duty according to legal and jurisprudential rules, but the prohibition of detriment rule as a superior and dominant rule could remove the harmful primary rules or rules which are related to harmful consequences. Therefore, the prohibition of detriment rule has an important position in remediating damages caused by special obedience or disobedience of wife to the husband. Article 40 of Statue and article 1108 of civil law are also confirming this claim. So, though it is the wife's obligation to obey the husband, but if the implementation of this duty makes any harm to her, she could refuse the obedience based on the prohibition of detriment rule, article 40 of Constitution, and article 1108 of civil law, which are the reflections of prohibition of detriment rule in law. Also, if the wife becomes disobedient, then the husband could not hurt her by assault and battery.

Keywords

Prohibition of Detriment Rule, Harm, Special Obedience, Disobedience, Illness.

1. PhD. In Public Law of Imam Sadiq University, Tehran, Iran (mohajerilaw@gmail.com).

Women's claims in Right to Social Security

Women's claims and Right to Social Security with emphasis on the Constitution of the Islamic Republic of Iran

*Raheleh sadat hosseiney¹, MohammadJavad Javid²
Sayed Mohammad Hosseini³, Babak Darvishi⁴*

Abstract

In accordance with Article 21 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the Government has a duty to guarantee the rights of women (specific) in all respects and in Article Twenty-nine of the constitution, the state has a duty to provide "publicly" insurance and social security protections for all. Also, to join Iran in Convention No. 102 (1952 Social Security Convention), the government is required to enforce the right to social security for all people, especially women. Therefore, the main question of this research is about the obligations of the government in fulfilling women's claims and exercising the right to social security based on the constitutional. This research has analyzed human rights conventions using library data and emphasizing constitution, laws and regulations and Human Rights Conventions and It is believed that the rule of law for women to enjoy human dignity and social security in accordance with the Constitution and in the field of human rights, preparing the way for poverty alleviation and creation of welfare life in Iran.

Keywords

Social security, Social protection, Constitution of the Islamic Republic of Iran ,Women's claims.

1. PhD Student in Public Law, Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran (Responding Author) (st_r_hosseiney@azad.ac.ir).

2. Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (jjavid@ut.ac.ir).

3. Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran (drsmh285@yahoo.com).

4. Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran (babakdarvishi@yahoo.fr).

The moral model of divorce of spouses in the Holy Quran

Mohammadrza Jabbaran¹

Abstract

Divorce as a voluntary act is a matter of moral precept, But the context and conditions of separation prevent attention to ethics. Resolving the incompatibility of the emotional and social contexts of divorce with moral behavior requires an efficient and documented moral model. This study assumes that the Holy Quran has an effective moral model for this part of married life, Using a descriptive-analytical method, he has tried to discover this pattern from the Holy Quran and has analyzed the verses related to the subject of divorce by relying on interpretive sources. The findings of this study showed that the Holy Quran has provided a four-dimensional model for the moral implementation of divorce: To follow this template, The purpose of divorce should be to achieve the opportunity for perfection, Based on the social effects of divorce, the multilateral sentence of divorce should include purification, prescription and recommendation, In the context of observing custom, efforts should be made to maintain peace and good competition And go through the process of observing time, witnessing and benefiting.

5

Keywords

Pattern, morality, spouse, divorce, moral pattern.

1 . Assistant Professor, Institute of Islamic Culture and Thought, Tehran, Iran (mdrjbn@gmail.com).

Gender justice and the discourse of change in women's jurisprudential rulings

Mahdi Shajarian¹

Abstract

Gender justice means entitlement justice for women and men. The discourse of change seeks to reduce the jurisprudential inequalities between men and women in order to achieve this justice. The purpose of this study is to analyze the methodology of this discourse and provide a desirable methodological roadmap for achieving gender justice. In this regard, by analytical-critical method, the works of writers after the Islamic Revolution on these inequalities have been studied. Under this discourse, "non-jurisprudential and intellectual approaches" undermine the credibility of the book and tradition. But jurisprudential and quasi-jurisprudential approaches still insist on the validity of some jurisprudential arguments. Under these recent approaches, the "change approach in implementation" considers the scope of change only in the implementation stage of Sharia rules. The "change approach in infallibility" considers the stage of inference of Sharia rules to be changed, and is formed by "discovering new branches" and revision the reasons with the conventional methods in jurisprudence. And the "setting of new principles approach" achieves new jurisprudential ideas by ijtihad in the rules of inferring the Shari'a ruling themselves and acquiring new methods. Despite some criticisms of these approaches, some of their rules are acceptable. And the desired order in them for achieving gender justice is as follows: First, the establishment of new principles and the revision of the rules of inference; Second, discovering new branches and revision the reasons; Third is the change approach in implementation on the assumption that inequality leads to corruption, and fourth is the discourse of stability on the assumption that no justified change is proven even in the execution stage.

Keywords

Women's rights, Jurisprudential methodology, Ijtihad in branches, Ijtihad in principles, Gender justice.

1. PhD in Islamic Philosophy, Institute of Islamic Sciences and Culture, Qom, Iran (shajarian110.m@gmail.com).

The Abstracts

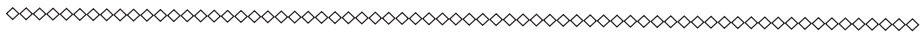
of

Articles

Table of Articles



- Gender justice and the discourse of change in women’s jurisprudential rulings**
(Mahdi Shajarian).....4
- The moral model of divorce of spouses in the Holy Quran**
(Mohammadrza Jabbaran).....5
- Women’s claims in Right to Social Security Women’s claims and Right to Social Security with emphasis on the Constitution of the Islamic Republic of Iran**
(Raheleh sadat hosseiney , MohammadJavad Javid , Sayed Mohammad Hosseini , Babak Darvishi)6
- The Legal-Jurisprudential Analysis of Detriment Prohibition Rule in Remediying Damages Caused by Wife’s Obedience and Disobedience**
(Maryam Mohajeri).....7
- White marriage from a jurisprudential-legal perspective**
(Ali Nosrati, Abolghasem Hosseini Zeidi, Musa Lashani).....8
- Analysis and critique of Articles 1050 and 1051 of the Civil Law (Eternal sanctity resulting from marriage in the days of period during)**
(Abdollah Bahmanpouri).....9
- Secret contract on dowry in Imami jurisprudence and Iranian law Looking at the secret agreement in French law**
(Mehrdad Pakzad, Seyed Hassan Hosseini Moghaddam, Mohammad Mehdipour).....10



Women's Strategic Studies

Proprietor: *The Quarterly journal of Women and Family Socio Cultural Council*

Manager in Charge: *Kobra Khazali*

Editor in Chief: *Mohammad Javad Javid*

❖ **Board of staff:**

Susan Al-Arswal

(Professor of Islamic Azad University)

Ali Akbar Izadifar

(Professor of Mazandaran University)

Shahla Bagheri meiab

(Associate Professor of Kharazmi University)

Ismail Balali

(Associate Professor, Bu Ali Sina University)

Mohammad Hossein Panahi

(Professor of Allameh Tabatabaee University)

Ahmad Haji Dehabadi

(Professor of Tehran University)

Mohammad Saeed Zokaeei

(Professor of Allameh Tabatabaee University)

Abdolhossein Shiravi Khuzani

(Professor of Tehran University)

Mohammad Baqer Alizadeh Aghdam

(Professor, University of Tabriz)

Tooba Kermani

(Professor of Tehran University)

Mohammad Taghi karami Ghahi

(Associate Professor of Allameh Tabatabaee University)

Majeed Maaref

(Professor of Tehran University)

❖ **Jury (in alphabeticBorder):**

Mohammad Eshaghi

Leila sadat Asadi

Kobra Poorabdoullah

Ahmad Reza Tohidi

Leila Samani

Hossein Javar

Mohammad javad Javid

Nikoo Dialameh

Mahdi Rahmani

Arezoo Rangchian

Farzaneh Sarir

Akram Safiri

Mahshid Tabaei

seyed Mohammad Mahdi Ghamami

Hossein Kaviar

Majid Maaref

Niloofar Moghadami Khamami

Ebrahim Yagouti

❖ **Address:**

Supreme Council for Cultural Revolution

Women's Socio-Cultural Council

No.309, Phelestine St. Tehran, Iran

Tel: +98 (21) 66468271 -5

www.jwss.ir

ketabezanan@gmail.com

www.shorayezanan.ir

info@shorayezanan.ir

Notes:

- The quarterly considers its own right to edit the articles &/or change the titles if necessary.
- Quotation without prior permission from the proprietor will be legally prosecuted.
- The published articles do not necessarily reflect the views of Women's Socio-Cultural Council.